



ACTUALISÉE EN CONTINU

LAMY
EXPERT

LE LAMY ASSURANCES

ÉDITION 2020

© Wolters Kluwer France SAS, 2019

Le Code de la propriété intellectuelle n'autorisant, aux termes des paragraphes 2° et 3° de l'article L. 122-5, d'une part, que les « copies ou reproductions strictement réservées à l'usage privé du copiste et non destinées à une utilisation collective » et, d'autre part, sous réserve du nom de l'auteur et de la source, que les « analyses et les courtes citations justifiées par le caractère critique, polémique, pédagogique, scientifique ou d'information », toute représentation ou reproduction intégrale ou partielle, faite sans le consentement de l'auteur ou de ses ayants droit ou ayants cause, est illicite (article L. 122-4). Cette représentation ou reproduction, par quelque procédé que ce soit, constituerait donc une contrefaçon sanctionnée par les articles L. 335-2 et suivants du Code de la propriété intellectuelle.

ISBN 978-2-7212-2131-5

LE LAMY ASSURANCES

- **Contrat d'assurance**
- **Assurances de dommages**
- **Assurances de personnes**
- **Intermédiaires d'assurance**

Jérôme KULLMANN
Directeur scientifique de l'ouvrage

Astrid JEAN-JOSEPH
Secrétaire générale de la rédaction

Nathalie LACOSTE-MASSON
Secrétaire générale de la rédaction

Édité par Wolters Kluwer France SAS, 14, rue Fructidor – 75814 Paris CEDEX 17

© N°Cristal 09 69 39 58 58 – Internet : www.wkf.fr

APPEL NON SURTAXE

© Wolters Kluwer France SAS, 2019

Liste des auteurs

- **Le contrat d'assurance :**

Jérôme KULLMANN

Directeur de l'Institut des Assurances
de Paris-Dauphine
Professeur à l'Université Paris-Dauphine
Président de l'Association Internationale de Droit
des Assurances – AIDA-France
Avocat à la Cour

- **Les assurances des biens
de l'entreprise :**

Louis HABIB-DELONCLE

Vice-président du Conseil d'administration
de BIC-BRED (Suisse) SA
Président du Groupe de travail Assurance-Crédit –
AIDA

Anne PÉLISSIER

Professeur à l'Université Montpellier I
Directrice du Master II Droit des Assurances

Jean PINET

Juriste en droit des affaires et des assurances
Consultant Assurances Grands Comptes
Professeur en classe préparatoire (DCG - DSCG)
En charge des cours de Droit du contrat d'assurance
à l'École Nationale d'Assurances (ENASS) et de
Produits d'assurance à l'Université Paris Nord

Denis BICHERON

Directeur technique IARD
Corporate Risk Management
Gras Savoye

- **Les assurances des responsabilités
de l'entreprise :**

Philippe BRUN

Agrégé des Facultés de Droit
Avocat général en service extraordinaire à la Cour
de cassation

Romain DUPEYRÉ

Avocat associé – Cabinet DWF
Avocat aux barreaux de Paris et New York
Président de l'Association ALEA

Emmanuel SILVESTRE

Directeur général adjoint
Responsable de souscription Risques
financiers Europe continentale
Liberty Specialty Markets

Alexis VALENÇON

Avocat associé – Cabinet Kennedys AARPI
Chargé d'enseignement à l'Institut des Assurances
de Paris-Dauphine
Chargé d'enseignement à l'Université du Mans

Sarah XERRI-HANOTE

Avocat associé – HMN & Partners

- **L'assurance du risque d'atteinte
à l'environnement :**

Romain SCHULZ

Avocat – HMN & Partners
Docteur en droit
Diplômé de l'Institut des Assurances de Paris

- **Les assurances des communes,
départements et régions :**

Luc BRUNET

Responsable Observatoire SMACL des risques
de la vie territoriale – SMACL Assurances

Céline PETITHOMME-LAFAYE

Juriste au sein du département juridique
et documentation – SMACL Assurances

Hélène POUMET

Juriste au sein du département juridique
et documentation – SMACL Assurances

- **L'assurance automobile :**

Jean PÉCHINOT

Consultant en Assurances
Ancien responsable du marché automobile – FFSA

- **L'assurance transport terrestre :**

Franck TURGNÉ

Docteur en droit
SCOR – Senior Legal Counsel
Maître de conférences associé à l'Université de Paris-Est Créteil
Chargé d'enseignement à l'Institut des Assurances de Paris-Dauphine

- **L'assurance construction :**

Jean-Pierre KARILA

Docteur en droit
Avocat à la Cour
Ancien Président de la Commission de Droit Immobilier de l'Union Internationale des Avocats (UIA)
Professeur à l'institut d'études économiques et juridiques appliquées à la construction et à l'habitation
Ancien Professeur à l'Institut des Assurances de Paris
Ancien membre de la Commission des clauses abusives

- **L'assurance de protection juridique :**

Hubert ALLEMAND

Directeur général – GIE CIVIS

- **Les assurances de personnes :**

Nathalie EYMARD-GAUCLIN

Chargée de cours à l'Institut des Assurances d'Aix-Marseille et à l'Université du Sud-Toulon-Var

Odile SÉGUINEAU de PRÉVAL

Conseillère de la Direction générale – BNP Paribas Cardif

- **Les intermédiaires d'assurance :**

Charles-Éric DELAMARE-DEBOUTTEVILLE

Avocat à la Cour – Counsel – Gide Loyrette Nouel

Richard GHUELDRE

Docteur en droit – IAP
Avocat associé – Gide Loyrette Nouel
Chargé d'enseignement à l'Institut des Assurances de Paris et à l'Université de Paris-Dauphine

- **E-commerce et assurance :**

Richard GHUELDRE

Fabrice NAFTALSKI

Avocat associé – Ernst & Young, Société d'Avocats

- **Les marchés publics d'assurance :**

Cerise de BARTILLAT

Avocat Associé – RJB Avocats
Doctorante en Droit des Assurances à l'Université du Mans

Richard GHUELDRE

- **L'expertise :**

Lionel NAMIN

Chargé d'enseignement à l'Université de Paris II, Panthéon-Assas
En charge de la coordination pédagogique du Master II Droit des assurances
Conseiller scientifique « jurisprudence automobile »
Diplômé de l'Institut des Assurances de Paris

- **L'expertise automobile :**

Lionel NAMIN

- **La réassurance :**

Bénédicte DOLLFUS

IRD - International Insurance & Reinsurance Development – (Présidente)

- **La coassurance :**

Jean PÉCHINOT

- **Les conventions entre assureurs :**

Anne-Sophie ROUSSEL-TRUFFY

Responsable Risque Habitation & Outre mer
Direction des Assurances dommages et de responsabilité
Fédération française de l'Assurance

Ont également contribué à la rédaction de l'ouvrage

Isaure d'ARCHIMBAUD

Consultante – Société DEMIANS développement
DESS Droit des Assurances (Paris II)
Institut des Hautes études internationales, Paris II

Christian BOUCKAERT

Avocat associé
Cabinet BOPS

Jean-Antoine CHABANNES (†)

Docteur en droit
Administrateur honoraire de l'Institut des Assurances
de Paris, Panthéon-Sorbonne

Françoise CHAPUISAT (†)

Maître de conférences à l'Université de Paris II,
Panthéon-Assas

Francis CHAUMET (†)

DES Droit privé, DES Sciences criminelles
Ancien chargé d'enseignement de 3^e cycle
à l'Université de Paris II, Panthéon-Assas (DESS
Assurances)

Jean-Pierre DELALE (†)

Directeur général – GIE CIVIS

Valérie DUPUY

Directeur général – GIE CIVIS

Serge PINGUET

Docteur en droit
Ancien Président de la Commission des sinistres
de l'APSAD

Philippe POIGET

Directeur des affaires juridiques, fiscales
et de la concurrence – FFSA

Catherine ROQUES-DELPOUX

Directeur – Société d'expertises Gab Robins
Francexpert

François ROSIER

Directeur adjoint du Département Juridique
Direction des Affaires Juridiques, Fiscales
et de la Concurrence
Fédération française des sociétés d'assurances

Christian SCALISE

Directeur département juridique Garant AG
Versicherungs

Christian THURET

Ancien chargé d'enseignement à l'Université
de Paris I, Panthéon-Sorbonne, Institut des
Assurances de Paris

Maurice TRUFFERT

Consultant
Chargé d'enseignement à l'Université de Paris II,
Panthéon-Assas

François VINCENT

Docteur en droit
Ancien chargé de cours des Facultés de droit

Isabelle VINSTOCK

Avocat

Sommaire général

Une table alphabétique figure à la fin de l'ouvrage

Numéros d'articles de l'ouvrage

PARTIE 1

Le contrat d'assurance

TITRE 1

Introduction générale

Caractères généraux de l'opération d'assurance	1 - 60
Réglementation du contrat d'assurance	61 - 91

TITRE 2

Régime général du contrat d'assurance

SOUS-TITRE 1

Le risque et la prime

Le risque	92 - 294
Déclaration du risque	295 - 437
La prime	438 - 482

SOUS-TITRE 2

Établissement du contrat d'assurance

Conclusion du contrat d'assurance	483 - 538
Contenu du contrat d'assurance	539 - 607
Durée du contrat d'assurance	608 - 666
Modification des relations contractuelles	667 - 722

SOUS-TITRE 3

Réalisation du risque

Le sinistre	723 - 809
La prestation d'assurance	810 - 997
Recours de l'assureur après paiement	998 - 1079

SOUS-TITRE 4

Le contentieux

La prescription	1080 - 1285
Éléments de procédure	1286 - 1314

TITRE 3

Régime de l'assurance de responsabilité civile

Introduction	1315 - 1316
Risques de responsabilité civile	1317 - 1371
Contrat d'assurance de responsabilité civile	1372 - 1513
Mise en œuvre de l'assurance de responsabilité civile	1514 - 1612

PARTIE 2

Assurances de dommages

TITRE 1

Assurances des biens de l'entreprise

Place de l'assurance dommages aux biens	1613 - 1615
De la gestion des risques à l'assurance.....	1616 - 1659
Assurance incendie	1660 - 1708
Assurance pertes d'exploitation	1709 - 1728
Assurance vol.....	1729 - 1774
Assurance bris de machines.....	1775 - 1783
Assurance dégâts des eaux.....	1784 - 1790
Assurance crédit	1791 - 1893
Assurance agricole.....	1894 - 1932
Assurance des catastrophes naturelles.....	1933 - 1948

TITRE 2

Assurances des responsabilités civiles de l'entreprise

SOUS-TITRE 1

Assurance de la responsabilité civile liée à l'exploitation de l'entreprise

Assurance de la responsabilité civile générale de l'entreprise : introduction	1949 - 1960
Risques de responsabilité civile générale de l'entreprise.....	1961 - 2031
Contrat d'assurance de responsabilité civile exploitation	2032 - 2083
Assurance de responsabilité civile en cas d'incendie	2084 - 2108
Assurance du risque d'atteinte à l'environnement	2109 - 2251

SOUS-TITRE 2

Assurance de la responsabilité civile liée à la fourniture d'une chose

Risque de responsabilité civile liée à la fourniture d'une chose.....	2252 - 2328
Contrat d'assurance de responsabilité civile liée à la fourniture d'une chose.....	2329 - 2408
Étendue de la garantie dans l'espace.....	2409 - 2521
Assurance des frais de retrait des produits du marché.....	2522 - 2549

SOUS-TITRE 3

Assurance de la responsabilité civile des dirigeants d'entreprise

La responsabilité du dirigeant social	2550 - 2589
L'assurance garantissant la responsabilité des dirigeants.....	2590 - 2662

TITRE 3

Responsabilité et assurance des communes, départements et régions

SOUS-TITRE 1

Responsabilité et assurance des communes et de leurs élus

Responsabilité et assurance des communes	2663 - 2718
Responsabilité et assurance des élus locaux.....	2719 - 2729

SOUS-TITRE 2

Responsabilité et assurance des départements et régions

Responsabilité et assurance des départements	2730 - 2748
Responsabilité et assurance des régions.....	2749 - 2757

TITRE 4

Assurance automobile

Introduction à l'assurance automobile.....	2758 - 2767
--	-------------

Sommaire général

SOUS-TITRE 1	
Assurance obligatoire	
Règles légales d'indemnisation des accidents de la circulation.....	2768 - 2818
Obligation d'assurance de responsabilité.....	2819 - 2885
Indemnisation	2886 - 3038
Fonds de garantie des assurances obligatoires de dommages.....	3039 - 3071
Circulation internationale	3072 - 3083
SOUS-TITRE 2	
Assurances facultatives	
Risques d'assurance de choses.....	3084 - 3098
Risques d'assurance de responsabilité.....	3099 - 3106
SOUS-TITRE 3	
Spécificités flotte automobile	
Élaboration du contrat	3107 - 3111
Garanties spécifiques	3112 - 3116
Libre prestation de services	3117 - 3129
TITRE 5	
Assurance transport terrestre	
Assurance de la marchandise	3130 - 3204
Assurance de la responsabilité de l'entreprise de transport.....	3205 - 3259
TITRE 6	
Assurances obligatoires des risques de construction	
Introduction	3260 - 3287
Domaine des assurances obligatoires	3288 - 3346
Assurance des dommages à l'ouvrage.....	3347 - 3523
Assurance de responsabilité décennale.....	3524 - 3717
TITRE 7	
Assurance de protection juridique	
Contexte historique et législatif	3718 - 3729
Garanties d'assurance protection juridique	3730 - 3766
Règlement du sinistre protection juridique	3767 - 3792
L'assureur protection juridique : statut et obligations du juriste, responsabilité, relations avec les avocats.....	3793 - 3800
PARTIE 3	
Assurances de personnes	
Différentes catégories d'assurances de personnes	3801 - 3832
TITRE 1	
Risques assurables dans les assurances de personnes	
Notion de risques assurables.....	3833 - 3874
Sélection des risques.....	3875 - 3891

TITRE 2

Assurances individuelles

SOUS-TITRE 1

Assurances sur la vie

Personnes intéressées au contrat	3892 - 3944
Conclusion du contrat	3945 - 3986
Cotisation d'assurance	3987 - 4014
Droits du preneur d'assurance et droits des tiers en cours de contrat.....	4015 - 4042
Dénouement du contrat d'assurance et droits du bénéficiaire	4043 - 4089
Fiscalité du contrat.....	4090 - 4159

SOUS-TITRE 2

Assurances accidents corporels et maladie

Personnes intéressées au contrat	4160 - 4164
Formation du contrat	4165 - 4167
Paieement des cotisations	4168 - 4171
Réalisation du risque et règlement des prestations	4172 - 4179

TITRE 3

Assurances collectives

SOUS-TITRE 1

Droit commun de l'assurance collective

Formation du contrat	4180 - 4198
Adhésion au contrat	4199 - 4219
Information due aux adhérents	4220 - 4272
Paieement des cotisations	4273 - 4300
Règlement des prestations	4301 - 4317
Exclusion des adhérents	4318 - 4324

SOUS-TITRE 2

Spécificités des principaux contrats d'assurance collective

Contrats au profit des salariés.....	4325 - 4445
Contrats au profit des non-salariés	4446 - 4463
Plan d'épargne retraite populaire	4464 - 4510
Le Plan d'épargne retraite (PER) assurantiel	4511 - 4540
Contrats d'assurance « emprunteurs »	4541 - 4591

PARTIE 4

Distributeurs d'assurance

Introduction générale	4592 - 4611
Règles relatives à la distribution d'assurance et de réassurance.....	4612 - 4691
Agents généraux d'assurance	4692 - 4731
Courtiers d'assurance	4732 - 4747
Autres personnes exerçant des activités de distribution d'assurance	4748 - 4757
Responsabilité des distributeurs d'assurance	4758 - 4787

PARTIE 5

E-commerce et assurance

TITRE 1

Distribution de l'assurance et Internet

Mise en place de la distribution d'assurance par Internet.....	4788 - 4810
Commercialisation de l'assurance par Internet.....	4811 - 4819

TITRE 2

Droit du contrat d'assurance et Internet

La conclusion d'un contrat d'assurance sur Internet.....	4820 - 4865
La gestion d'un contrat d'assurance sur Internet.....	4866 - 4878

PARTIE 6

Les marchés publics d'assurance

Introduction.....	4879 - 4883
Les marchés d'assurance soumis au droit de la commande publique.....	4884 - 4897
La procédure de passation des marchés publics d'assurance.....	4898 - 4916
Le contentieux de la passation des marchés publics.....	4917 - 4934
L'exécution des marchés publics d'assurance.....	4935 - 4966

PARTIE 7

Expertise

Généralités.....	4967 - 4977
Les experts dans les assurances terrestres.....	4978 - 4983
Intervention des experts.....	4984 - 4992
Mission, comportement et rôle des experts amiables à l'occasion d'un sinistre.....	4993 - 5007
Expertise amiable contradictoire.....	5008 - 5055
Expertise automobile.....	5056 - 5218

PARTIE 8

La réassurance

TITRE 1

Aspect technique de la réassurance

Description et objectifs de la réassurance.....	5219 - 5230
Solutions techniques en réassurance.....	5231 - 5282

TITRE 2

Aspect économique et juridique de la réassurance

Description de l'environnement actuel.....	5283 - 5350
Les changements récents dans la réassurance.....	5351 - 5379

PARTIE 9

La coassurance

Introduction générale.....	5380 - 5387
Fonctionnement pratique de la coassurance.....	5388 - 5420

PARTIE 10

Conventions entre assureurs

Économie générale des conventions passées entre assureurs	5421 - 5428
Conventions traitant des situations d'assurances cumulatives	5429 - 5454
Conventions de renonciation à recours	5455 - 5460
Dégâts des eaux : Conventions CIDRE et CIDE COP	5461 - 5468
La Convention d'indemnisation et de recours des sinistres immeuble (IRSI)	5469 - 5474
Dommages causés par les mouvements de terrain consécutifs à la sécheresse	5475 - 5483
Convention d'expertise amiable contradictoire	5484 - 5491
Convention de règlement amiable des litiges	5492 - 5495
Conventions relatives à l'application de la garantie dans le temps	5496 - 5507
Conventions diverses	5508 - 5514

Sigles et Abréviations

ACAM	Autorité de contrôle des assurances et des mutuelles
ACAVI	Assurance à capital variable immobilier
ACOSS	Agence centrale des organismes de Sécurité sociale
ACPR	Autorité de contrôle prudentiel et de résolution
AELE	Association européenne de libre-échange
AEU	Attestation d'études universitaires de réparation du dommage corporel ou d'aptitude à l'expertise médicale
AFAC	Association française des assureurs construction
AFAQ	Association française pour l'assurance de la qualité
AFNOR	Association française de normalisation
AFTEL	Association française de télématique et de multimédia
AGF	Assurances générales de France
AGIRA	Association pour la gestion informatique du risque automobile
AGIRC	Association générale des institutions de retraite des cadres
AGROM	Association pour la gestion des risques d'outre-mer
AGSAA	Association générale des sociétés d'assurances contre les accidents
AIDA	Association internationale du droit de l'assurance
ALFA	Agence pour la lutte contre la fraude à l'assurance
AMF	Autorité des marchés financiers
APA	Allocation personnalisée d'autonomie
APE	Activité principale exercée
APSAD	Assemblée plénière des sociétés d'assurances dommages
APSAI	Assemblée plénière des sociétés d'assurances incendie
APSAIRD	Assemblée plénière des sociétés d'assurances contre l'incendie et les risques divers
ARCES	Association pour l'assurance des risques de la construction des entrepreneurs syndiqués
AREPER	Association de recherche et d'étude pour l'épargne et la retraite
ARRCO	Association des régimes de retraite complémentaire
ASACA	Association des avocats de sociétés d'assurances
ASSEDIC	Association pour l'emploi dans l'industrie et le commerce
BCA	Bureau commun automobile
BCAC	Bureau commun des assurances collectives
BCR	Bureau central de répartition
BCT	Bureau central de tarification
BIPAR	Bureau international des producteurs d'assurances et de réassurances
BMTN	Bons à moyen terme négociables
BOAMP	Bulletin officiel des annonces des marchés publics
BTS	Brevet de technicien supérieur
CADES	Caisse d'amortissement de la dette sociale
CAF	Coût, assurance, frêt
CAO	Création assistée par ordinateur
CAPEDOC	Certificat d'aptitude à l'expertise du dommage corporel
CCAG	Cahier des clauses administratives générales
CCAMIP	Commission de contrôle des assurances, des mutuelles et des institutions de prévoyance
CCI	Chambre de commerce internationale
CCR	Caisse centrale de réassurance
CE	Communauté européenne
CEA	Compagnie des experts agréés
CEA	Comité européen des assurances
CEDH	Convention européenne des droits de l'Homme
CEE	Communauté économique européenne
CEN	Comité européen de normalisation
CENELEC	Comité européen de normalisation électrique
CERCLA	Comprehensive environmental response compensation liability act
CESAM	Comité d'études et de services des assureurs maritimes et transports de France
CETIP	Centre technique des institutions de prévoyance
CF	Coupe-feu
CFEA	Confédération française des experts en automobile
CFEC	Compagnie française des experts construction
CGPA	Caisse de garantie des professionnels de l'assurance
CIDECOP	Convention d'indemnisation dégâts des eaux dans la copropriété
CIDRE	Convention d'indemnisation directe et de renonciation à recours dégâts des eaux
CILA	Chartered institute of loss adjusters
CIM	Convention de Berne, relative aux transports ferroviaires internationaux de marchandises

Le Lamy Assurances

CIVI	Commission d'indemnisation des victimes d'infractions
CJUE	Cour de justice de l'Union
CLA	Comité de liaison de l'assurance
CLUSIF	Club de la sécurité informatique
CMR	Convention de Genève du 19 mai 1956, relative au transport international de marchandises par route
CNA	Conseil national des assurances
CNECI	Compagnie nationale des experts indépendants
CNIE	Compagnie nationale des ingénieurs experts
CNIL	Commission nationale informatique et libertés
CNP	Caisse nationale de prévoyance
CNPA	Conseil national des professions de l'automobile
CNPP	Centre national de prévention et de protection
CNR	Constructeur non réalisateur
CNUCED	Conférence des Nations-Unies sur le commerce et le développement
COB	Commission des opérations de bourse
COFACE	Compagnie française d'assurance pour le commerce extérieur
COINTRA	Coopération internationale de tarification des risques aggravés
COPAL	Comité pour l'application de la loi du 4 janvier 1978
COREVA	Complément de retraite vieillesse agricole
COTOREP	Commission technique d'orientation et de reclassement professionnel
CPF	Classification des produits français
CRAC	Convention de règlement assurance construction
CRDS	Contribution au remboursement de la dette sociale
CSG	Contribution sociale généralisée
CSNCRA	Chambre syndicale nationale du commerce de l'automobile et de la réparation automobile
CSNEAF	Chambre syndicale nationale des experts en automobile de France
CSNEAMI	Chambre syndicale nationale des experts en automobiles et matériel industriel
CSTB	Centre scientifique et technique du bâtiment
DAEI	Directeur des affaires économiques et internationales
DAO	Dessin assisté par ordinateur
DAS	Défense automobile et sportive
DAS	Deutscher automobil Schutz
DCSSI	Direction centrale de la sécurité des systèmes d'information
DGCCRF	Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes
DIC	Difference in conditions (différence de conditions)
DIL	Difference in limits (différence de limites)
DO	Dommages ouvrage
DROC	Déclaration réglementaire d'ouverture de chantier
DTS	Droit de tirage spécial du Fonds monétaire international
DTU	Documents techniques unifiés
DUSEM	Diplôme universitaire supérieur d'expertise médicale
DUT	Diplôme universitaire
EAO	Enseignement assisté par ordinateur
EDF	Électricité de France
EEA	Expert évaluateur et d'assurances
EFTA	European free trade association
EPCI	Établissement public de coopération intercommunale
EPERS	Élément pouvant entraîner la responsabilité solidaire
EPI	Équipe de première intervention
ERI	Extension aux risques informatiques
ERP	Établissement recevant du public
ESB	Encéphalopathie spongiforme bovine
ESI	Équipe de seconde intervention
ESTACA	École supérieure des techniques aéronautiques et de construction automobile
EURL	Entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée
FCA	Fédération française des courtiers d'assurance et de réassurance
FCP	Fonds communs de placement
FFA	Fédération française de l'assurance
FFSA	Fédération française des sociétés d'assurances
FGA	Fonds de garantie automobile
FGAO	Fonds de garantie des assurances obligatoires
FGTI ou FGVAT	Fonds de garantie des victimes d'actes de terrorisme et autres infractions
FIEA	Fédération internationale des experts en automobiles
FNB	Fédération nationale du bâtiment
FNMF	Fédération nationale de la mutualité française
FNPC	Fédération nationale des promoteurs constructeurs

Sigles et Abréviations

FNSAGA	Fédération nationale des syndicats d'agents généraux d'assurances
FNSEM	Fédération nationale des sociétés d'économie mixte
FUEDI	Fédération des unions professionnelles d'experts en dommages incendie et risques divers
GAB	Groupement d'assurances pour le bâtiment
GABAT	Groupement de coréassurance des risques du bâtiment
GACI	Groupement des assurés du commerce et de l'industrie
GADOBAT	Groupement d'assurance dommages ouvrages pour le bâtiment
GAFNIC	Groupement d'assurances pour les fabricants, négociants et importateurs de matériaux de construction
GAN	Groupe des assurances nationales
GARCO	Groupement d'assurances des risques de la construction
GAREAT	Gestion de l'assurance et de la réassurance des risques attentats et actes de terrorisme
GARPOL	Groupement de coréassurance des risques de pollution et autres atteintes à l'environnement
GATEX	Groupement associatif technique d'experts
GAV	Garantie des accidents de la vie
GCA	Gestion des conventions automobiles
GECO	Groupement de gestion des risques de la construction
GEIE	Groupement européen d'intérêt économique
GEMA	Groupement des sociétés d'assurances à caractère mutuel
GENCOD	Groupement d'études, de normalisation et de codification
GERP	Groupement d'épargne retraite populaire
GGCA	Groupement pour la gestion des conventions automobiles
GIE	Groupement d'intérêt économique
GIS	Groupement des installateurs de sprinkleurs
GMR	Garantie maladies redoutées
GRESA	Groupement européen d'experts de sociétés d'assurances
GSACM	Groupement des sociétés d'assurances à caractère mutuel
GSPJ	Groupement des sociétés de protection juridique
GTA	Groupement technique accidents
HTML	Hyper text markup language
IARD	Incendie, accident et risques divers
ICA	(Convention) d'Indemnisation pour compte d'autrui
IDA	(Convention) Indemnisation directe de l'assuré
IFC	Indemnités de fin de carrière
IGH	Immeuble de grande hauteur
Indice RI	Indice risques industriels
INPI	Institut national de la propriété industrielle
INSEE	Institut national de la statistique et des études économiques
INSERM	Institut national de la santé et de la recherche médicale
IP	Internet protocol
IRCA	(Convention) Indemnisation et de recours corporel automobile
IRP	Institution de retraite professionnelle
IRSA	(Convention) Inter-sociétés de règlement des sinistres automobiles
ISF	Impôt de solidarité sur la fortune
ISO	Insurance service office
ISO	International organisation for standardisation
LOA	Location avec option d'achat
LPS	Libre prestation de services
LUVI	Loi uniforme sur la vente internationale d'objets mobiliers corporels
MAAF	Mutuelle assurance artisanale de France
MACIF	Mutuelle d'assurance des commerçants et industriels de France
MARC	Moyens d'administration de réassurance construction
MARION	Méthodologie d'analyse des risques informatiques et d'optimisation par niveau
MGF	Mutuelle générale française
MOCN	Machine-outil à commande numérique
MSCF	Mur séparatif coupe-feu
MSO	Mur séparatif ordinaire
NACE	Nomenclature des activités de la Communauté européenne
NAF	Nomenclature des activités françaises
NF	Normes françaises
OCDE	Organisation de coopération et de développement économique
OGM	Organisme génétiquement modifié
OMS	Organisation mondiale de la santé
OPCI	Organisme de placement collectif immobilier
OPCVM	Organismes de placements collectifs en valeurs mobilières
ORP	Opération de retraite supplémentaire
PACS	Pacte civil de solidarité

PEA	Plan d'épargne en actions
PEP	Plan d'épargne populaire
PER	Plan d'épargne en vue de la retraite
PERCO	Plan d'épargne pour la retraite collective
PERP	Plan d'épargne retraite populaire
PF	Pare-flamme
PFA	Préservatrice foncière assurances
PLU	Plan local d'urbanisme
PM	Provision mathématique
POI	Plan d'opération interne
POS	Plan d'occupation des sols
PPI	Plan particulier d'intervention
PSC	Prestataire de services de certification électronique
PSD	Prestation spécifique dépendance
PTAC	Poids total autorisé en charge
RAQ	Règlements sur l'assurance qualité
RC	Responsabilité civile
RDS	Remboursement de la dette sociale
RI	Risques industriels
RIA	Robinet d'incendie armé
RIAD	Rencontres internationales des assureurs défense
RINF	Frais de reconstitution des médias
RLO	Risques locatifs ordinaires
RLS	Risques locatifs supplémentaires
RNIPP	Répertoire national d'identification des personnes physiques
SA	Société anonyme
SARL	Société à responsabilité limitée
SAS	Société par actions simplifiée
SCI	Société civile immobilière
SCOR	Société commerciale de réassurance
SCP	Société civile professionnelle
SCPI	Société civile de placement immobilier
SF	Stable au feu
SFAC	Société française d'assurance crédit
SFAC	Syndicat français des assureurs conseils
SIAR	Service de la surveillance industrielle de l'armement
SICAV	Société d'investissement à capital variable
SICOMI	Société d'investissement pour le commerce et l'industrie
SIDA	Syndrome d'immunodéficience acquise
SII	Société immobilière d'investissement
SIVOM	Syndicat intercommunal à vocation multiple
SMP	Sinistre maximum possible
SNCAR	Syndicat national des courtiers d'assurance et de réassurance
SNCF	Société nationale des chemins de fer français
SNEA	Syndicat national des experts d'assurés
SNEIC	Syndicat national des experts incendie, risques divers, construction
SNICAF	Syndicat national des conseils en informatique
SSII	Société de services et d'ingénierie en informatique
STAC	Service technique d'assurance construction
TAIN	Traitement automatisé d'informations nominatives
TDC	Tous dommages confondus
TGAP	Taxe générale sur les activités polluantes
TME	Taux moyen des emprunts de l'État français
TNS	Travailleur non salarié
TRE	Nouveau tarif des risques industriels (1990)
TRI	Tous risques informatiques
TRM	Taux de référence mensuel
TVA	Taxe sur la valeur ajoutée
UCC	Code de commerce uniforme (USA)
UCCMA	Union des caisses centrales de la mutualité agricole
UGAP	Union des groupements d'achats publics
UNCITRAL	Commission des Nations unies sur le droit commercial international
UNCFMI	Union nationale des constructeurs de maisons individuelles
UNFOHLM	Union des fédérations d'organismes HLM
UPEMEIC	Union professionnelle des experts en matière d'évaluation industrielle et commerciale
URL	Universal resource locator
URSSAF	Union de recouvrement des cotisations de Sécurité sociale et d'allocations familiales
VGE	Véhicule gravement endommagé

Sigles et Abréviations

VHU.....	Véhicule hors d'usage
VRADE	Valeur de remplacement à dire d'expert
VRD	Voirie et réseaux divers
WFII.....	World Federation of Insurance Intermediaries

Principales références

AJDA 2015, p. 1783	Actualité juridique de droit administratif, année, page
Al.	alinéa
Argus 2007, n° 7017, p. 24	L'Argus, année, n° , page
Arr. 14 juin. 2017, art. 1	Arrêté, date, n° article
BDEI 5/2017, p. 21	Bulletin de droit de l'environnement industriel, numéro, année, page
BOI-TCAS-ASSUR-10-40-30-10, n°s 200 et s.	Bulletin des transports, année, page
BTL 2016, p. 432	Bulletin des transports et de la logistique, année, page
Bull. civ. I, n° 10	Bulletin des arrêts des chambres civiles de la Cour de cassation de l'année de la décision, 1 ^{re} partie, n°
Bull. crim., n° 10	Bulletin des arrêts de la chambre criminelle de la Cour de cassation de l'année de la décision, n°
Bull. inf. C. cass. n° , 15 juill. 2017, p. 10	Bulletin d'information de la Cour de cassation, n° , date, page
CA Paris, 24 mars 2015, n°	Cour d'appel, ville, date, n°
CAA Paris, 1 ^{re} ch., 21 oct. 2014	Cour administrative d'appel, ville, chambre, date
Cass. ass. plén., 29 mai 2009, n°	Arrêt de la Cour de cassation (Assemblée plénière), date, n° pourvoi
Cass. 1 ^{re} civ., 25 févr. 2016, n°	Arrêt de la Cour de cassation (1 ^{re} chambre civile), date, n° pourvoi
Cass. 2 ^e civ., 2 mars 2017, n°	Arrêt de la Cour de cassation (2 ^e chambre civile), date, n° pourvoi
Cass. 3 ^e civ., 20 janv. 2015, n°	Arrêt de la Cour de cassation (3 ^e chambre civile), date, n° pourvoi
Cass. ch. mixte, 7 févr. 2014, n°	Arrêt de la Cour de cassation (chambre mixte), date, n° pourvoi
Cass. com., 10 mars 2015, n°	Arrêt de la Cour de cassation (chambre commerciale, financière et économique), date, n° pourvoi
Cass. crim., 9 sept. 2014, n°	Arrêt de la Cour de cassation (chambre criminelle), date, n° pourvoi
Cass. soc., 6 juill. 2016, n°	Arrêt de la Cour de cassation (chambre sociale), date, n° pourvoi
C. assur., art. 10	Code des assurances, n° de l'article
CCH, art. 10	Code de la construction et de l'habitation, n° de article
C. civ., art. 10	Code civil, n° de l'article
C. com., art. L. 110-1	Code du commerce, n° de l'article
CE, 15 avr. 2016, n° 10.100	Conseil d'État, date, n° de requête
C. env., art. L. 110-1	Code de l'environnement, n° de l'article
CGCT, art. L. 331-1	Code général des collectivités territoriales, n° de l'article
CGI, art. 10	Code général des impôts, n° de l'article
Circ. min. 25 sept. 2013, NOR : AFSS1323390C	Circulaire ministérielle date, n°
CJUE, 18 oct. 2016, aff. C-61838/10	Cour de justice de l'Union européenne, date, n° de l'affaire
C. mon. fin., art. L. 110-1	Code monétaire et financier, n° de l'article
CPC, art. 10	Code de procédure civile, n° de l'article
C. pén., art. 10	Code pénal, n° de l'article
C. pr. pén., art. 10	Code de procédure pénale, n° de l'article
C. propr. intell., art. 10	Code de la propriété intellectuelle, n° de l'article
CSS, art. 10	Code de la sécurité sociale, n° de l'article
Com. Com. élec., 2001, ch., n° 28	Communication commerce électronique, année, partie, numéro
Constr.-urb. 2016, comm. 42	Construction-Urbanisme année/mois, numéro commentaire
D. 2016 p. 691	Recueil Dalloz, année, page
D. n° 2017-173, 13 févr. 2017	Décret, n° , date
Déc. Comm. cl. abusives n° 10, 2 déc. 1992	Décision de la Commission des clauses abusives, date
Defrénois, art. 10	Répertoire du notariat Defrénois, n° de l'article

Defrénois 1990, lég., p. 10 .	Répertoire du notariat Defrénois, partie législation, page
Defrénois 1990, actualités, p. 10	Répertoire du notariat Defrénois, partie actualités, page
Dir. Cons. CE n° 2002/92, 9 déc. 2002	Directive communautaire du Conseil, n° , date
Dr. & patr. 2009, n° 177, p. 46.	Droit et patrimoine année, numéro, page
Gaz. Pal. 16 avr. 2015, p. 7 .	Gazette du Palais date, page
Instr. 28 mai 2008, BOI 4 F-2-08.	Instruction fiscale, n° , date
J.-Cl., Fasc. 10	Juris-Classeur (collection de base), n° de fascicule
JCP G 2014, doct. 634	Semaine juridique, édition générale, année, partie Doctrine, n° (depuis 2010)
JCP G 2014, act. 377	Semaine juridique, édition générale, date, partie Actualités, n° (depuis 2010)
JCP E 2016, n° 24.	Semaine juridique, édition entreprise, année, n°
JCP N 2012, n° 22, 1243.	Semaine juridique, édition notariale et immobilière, année, n° périodique, n° d'immatriculation (depuis 2002)
JO 14 févr. 2017	Journal officiel, date
JOAN Q. 27 mai 2014, p. 4357	Journal officiel questions à l'Assemblée nationale, date, page
JOCE 10 janv. 1990, n° C ou L 20, p. 10	Journal officiel des Communautés européennes, date, n° , page
JO Sénat Q. 16 mars 2017, p. 1088	Journal officiel questions au Sénat, année, page
JOUE 28 mars 2014, n° C ou L 94	Journal officiel de l'Union européenne, date, n° , page
Jurispr. auto, sept. 2014, p. 32.	Jurisprudence automobile, date, page
L. n° 2016-1691, 9 déc. 2016.	Loi, n° , date
L. fin. 2017, n° 2016-1917, 29 déc. 2016	Loi de finances pour (année), n° , date
L. fin. rect. n° 2016-1918, 29 déc. 2016	Loi de finances rectificative n° , date
NCPC, art. 10.	Nouveau code de procédure civile, n° de l'article
Ord. n° 2016-131, 11 févr. 2016.	Ordonnance n° , date
LPA 2014, n° 198, p. 4.	Petites affiches (Les), année, n° , page
Projet de loi AN, 2016-2017.	Projet de loi Assemblée nationale, session
Proposition de loi Sénat n° 546, 2012-2013	Proposition de loi Sénat, n° , session
Rapp. AN n° 3319, 6 avr. 2011, 2010-2011, titre.	Rapport ou rapporteur Assemblée nationale, n° , date, session, titre
Rapp. C. cass. 2013, p. 589 .	Rapport de la Cour de cassation, année, page
Rapp. Sénat n° 23, 2007-2008, titre.	Rapport ou rapporteur Sénat, n° , session, titre
RD imm. 2016, p. 157.	Revue de droit immobilier, année, page
Rec. CE 2015, p. 426	Recueil des décisions du Conseil d'État, année, page
Recomm.	Recommandation
Rép. civ. Dalloz (titre rubrique), n° 10	Dalloz (Encyclopédie), titre rubrique, n°
Rép. min. à QE n° 17933, 28 janv. 2016.	Réponse ministérielle à question écrite, n° , date
Resp. civ. et assur. 2016, comm. 138.	Responsabilité civile et assurances, année, partie commentaires, n°
Resp. civ. et assur. 2016, étude 8	Responsabilité civile et assurances, année, n° étude
RGAT 1990, p. 10	Revue générale des assurances terrestres, année, page (jusqu'à 1995 inclus)
RGDA 2016, p. 191	Revue générale du droit des assurances, année, page (ancienne RGAT, depuis janvier 1996)
Risques 1993, n° 14, p. 72.	Revue Risques, année, n° , page
RJDA 1990, n° 10, n° 1	Revue de jurisprudence droit des affaires, n° périodique, n° article
RLDC 2004/2, n° 45.	Revue Lamy droit civil, année/n° de la revue, n° du commentaire
RTD civ. 2016, p. 904	Revue trimestrielle de droit civil, année, page

Principales références

- TA Paris, 1^{re} sect., 1^{re} ch.,
2 déc. 1992, n° 100 Jugement du tribunal administratif, ville, section, chambre, date, n°
- T. com. Paris, 1^{re} ch. A,
2 déc. 1992, n° 100 Jugement du tribunal de commerce, ville, chambre, date, n°
- T. confl., 15 févr. 2010,
n° 3728 Décision du Tribunal des conflits, date, n°
- TGI Paris, 10 nov. 2015,
n° 13/04996 Jugement du tribunal de grande instance, ville, date, n°
- Tribune assur. 2016,
n° 2010, p. 40 La tribune de l'assurance, année, n° , page

SECTION 1

Détermination de l'indemnité d'assurance

SOUS-SECTION 1

Montant de la garantie d'assurance – Règles générales

811 Montant limité ou illimité

Le montant de l'engagement de l'assureur peut être illimité, mais il est le plus souvent plafonné à un certain montant exprimé en valeur absolue. Le contrat d'assurance étant généralement destiné à demeurer en vigueur pendant plusieurs années, la limitation du montant de la garantie doit logiquement évoluer au fil du temps.

§ 1. Plafonds et franchises

A. — Plafonds de garantie

812 Aménagement contractuel

Les parties sont libres de fixer le montant maximal de l'obligation de l'assureur, sauf quand la loi ou le règlement impose un montant minimal, voire illimité, dans le cadre d'assurances obligatoires.

Quand un sinistre survient, il est évalué, le cas échéant, selon le procédé retenu par le contrat, et l'assureur doit l'indemnité d'assurance dans la limite prévue. Cette limite s'entend généralement par année d'assurance : au titre de telle année, l'assureur ne veut pas avoir à déboursier plus que la somme indiquée. Certaines clauses ont pour objet d'aménager les conditions d'imputation de chaque sinistre sur le montant annuel de garantie.

813 Respect du plafond contractuel – Opposabilité

Si l'assureur ne peut être tenu au-delà de la prestation déterminée par le contrat (C. assur., art. L. 113-5), cela implique évidemment que l'assureur du responsable, même condamné *in solidum* avec ce dernier, est en droit d'opposer la clause de limitation du montant de la garantie à l'assureur de choses qui a indemnisé son assuré (Cass. 1^{re} civ., 26 janv. 1999, n° 97-11.706).

Au demeurant, l'assureur ne peut être, dans cette limite, tenu en deçà du montant du dommage.

Cette règle de bon sens doit parfois être rappelée par la Cour de cassation : quand le contrat promet le remboursement des frais de reconstitution des archives d'un notaire, sous la seule réserve de la limitation du montant de la garantie d'assurance, l'assureur ne peut soutenir que d'après les statistiques, ces archives ne sont habituellement utilisées qu'à proportion de

trois ou quatre pour dix mille sur une période de cent ans, et qu'il faudrait donc ne payer l'indemnité d'assurance qu'au fur et à mesure des demandes de consultation d'archives (Cass. 1^{re} civ., 8 déc. 1987, n° 86-11.814, RGAT 1988, p. 121, note Kullmann J.).

Sur la portée de la transaction entre l'assuré et la victime à l'égard de l'assureur de responsabilité, voir n° 1525.

814 Clause d'épuisement de la garantie

a) Mécanisme

De deux choses l'une : soit la garantie d'assurance joue pour son plein montant à l'égard de chaque sinistre de l'année d'assurance, et tel est le régime général, sauf clause contraire ; soit il est expressément prévu que la garantie s'épuise au fur et à mesure des sinistres successifs, et tel est l'objet de la clause d'épuisement de la garantie qui résulte, notamment, d'un plafond de garantie prévu « *par année d'assurance* ». Dans ce dernier cas, le premier sinistre provoque le versement d'une indemnité qui vient amputer le montant initialement stipulé. Si ce versement n'a pas atteint le plafond, un certain montant de garantie est encore disponible. Au second sinistre, l'indemnité est limitée à ce montant résiduel, etc.

Il faut ici préciser que la clause d'épuisement de la garantie est compatible avec la technique de l'assurance au premier risque (Cass. 1^{re} civ., 12 févr. 1991, n° 87-19.024, RGAT 1991, p. 647, note Kullmann J. ; sur l'assurance au premier risque, voir n° 893).

b) Clause de reconstitution de la garantie

La clause d'épuisement de la garantie présente le danger de laisser l'assuré dépourvu de garantie si le ou les sinistres survenus avant la fin de l'année d'assurance ont épuisé la totalité du montant initial. Certes, il est toujours possible d'établir un avenant qui remettra en place une nouvelle garantie moyennant le versement d'une nouvelle prime, mais il faut alors un nouvel accord des parties. Il est donc possible d'intégrer dès la souscription une clause de reconstitution de la garantie. De la sorte, il est convenu qu'au moment de l'épuisement, la garantie sera reconstituée pour son plein montant initial, sous réserve du paiement d'une prime complémentaire spécialement affectée à la période de garantie restant à couvrir. Suivant les stipulations contractuelles, la reconstitution ainsi prévue peut être soit automatique, et il s'agit donc d'une obligation tant pour l'assureur que pour l'assuré, soit facultative pour le seul assureur qui peut refuser la demande de l'assuré, soit facultative pour le seul assuré qui est en droit de ne pas formuler cette demande, mais peut imposer la reconstitution s'il le décide.

815 Plafond par sinistre et plafond par année

L'assureur peut vouloir affecter à son engagement annuel, d'une part, un plafond global (en aucun cas, il ne déboursera plus de telle somme au cours de l'année considérée) et, d'autre part, un plafond par sinistre (aucun sinistre ne sera indemnisé au-delà de tel montant). Ce système de double plafonnement des engagements est d'ailleurs utilisé dans le cadre de garanties autres que d'assurance : dans les sociétés anonymes, le conseil d'administration (ou le conseil de surveillance) autorise le dirigeant à délivrer au nom de la société des cautions, avals et garanties dans la limite d'un plafond global annuel, et, le cas échéant, d'un plafond par engagement.

La cohérence de la double limitation suppose que le plafond global par année soit supérieur au plafond par sinistre. En effet, affecter le même montant à l'un et à l'autre n'a aucun sens. Or, il n'est pas rare qu'un montant unique soit prévu « *par année et par sinistre* ». Littéralement, un doute existe sur le sens d'une telle clause : faut-il la comprendre comme signifiant que le plafond s'applique globalement pour l'année d'assurance (« *par année* ») ou que le plafond joue pour chaque sinistre, quel qu'en soit le nombre au cours de l'année (« *par sinistre* ») ?

La Cour de cassation a déjà jugé que cette clause est ambiguë, mais cette solution n'est pas constante.

Quand l'ambiguïté est admise, la clause doit nécessairement être interprétée par le juge du fond. On ne peut donc faire grief à ce dernier d'avoir dénaturé le contrat s'il a retenu que la garantie était due en totalité pour chacun des sinistres survenus au cours d'une même année (Cass. 1^{re} civ., 25 oct. 1989, n° 88-11.672 ; à propos des contrats d'assurance de responsabilité civile des centres de transfusion sanguine, cette solution a été retenue par TGI Nice, 27 juill. 1992, D. 1993, jur., p. 38, note Vidal D., mais ce jugement a été infirmé par CA Aix-en-Provence, 1^{re} ch., sect. B, 12 juill. 1993, D. 1994, jur., p. 13, note critique Vidal D., RGAT 1994, p. 236, note approbative Bigot J.).

C'est également sans dénaturer qu'en présence d'une clause prévoyant un montant de garantie de « 2 000 000 francs (304 898,03 euros) par sinistre et année d'assurance limités à 600 000 francs (91 469,41 euros) pour les dommages matériels et immatériels », le juge du fond a pu décider que « puisqu'il y avait eu deux sinistres, le plafond de la garantie jouait deux fois », soit deux fois 600 000 francs (Cass. 1^{re} civ., 5 mai 1986, n° 84-14.373, n° 306, RGAT 1986, p. 412, note Bigot J.). Pourtant, l'assureur avait très certainement entendu limiter globalement, par année d'assurance, sa garantie à 600 000 francs, soit 91 469,41 euros, pour les dommages matériels et immatériels.

Toutefois, dans les procès relatifs aux contrats d'assurance de responsabilité des centres de transfusion sanguine, l'ambiguïté a, semble-t-il, été écartée par la Cour de cassation qui a rejeté le pourvoi formé contre l'arrêt de la cour d'appel d'Aix-en-Provence, précité (Cass. 1^{re} civ., 9 juill. 1996, n° 93-19.160, RGDA 1996, p. 919, note Rémy Ph. ; Groutel H., Les suites d'une manipulation, Resp. civ. et assur. 1996, chr. n° 37).

C'est au visa de l'arrêt interministériel du 27 juin 1980 que la même solution a été appliquée pour casser l'arrêt d'appel qui avait estimé que le plafond devait s'entendre par victime (Cass. 1^{re} civ., 9 juill. 1996, n° 94-19.876, Resp. civ. et assur. 1996, chr. n° 37 ; Marchand A., Limitation de garantie par année d'assurance pour les centres de transfusion sanguine, Bulletin d'actualité Lamy Assurances, 1996, A ; par la suite, même visa par Cass. 1^{re} civ., 27 mai 1997, n° 95-13.817 ; la cour d'appel de Montpellier ayant, sur renvoi, maintenu sa décision voyant dans la clause un plafond par victime, son arrêt a été cassé par Cass. 1^{re} civ., 23 nov. 1999, n° 97-22.150, RGDA 2000, p. 190, note Rémy Ph. ; quatre arrêts dans le même sens ont été rendus le 3 juillet 2001 : Cass. 1^{re} civ., 3 juill. 2001, n° 99-18.015, RGDA 2001, p. 1009, note Rémy Ph. ; Cass. 1^{re} civ., 3 juill. 2001, n° 99-20.833 ; Cass. 1^{re} civ., 3 juill. 2001, n° 99-20.834 ; Cass. 1^{re} civ., 3 juill. 2001, n° 99-20.835). L'ambiguïté de la clause, à la supposer reconnue, appelle donc certes une interprétation par le juge du fond, mais sous le contrôle de la Cour de cassation puisque l'analyse de cette clause est ici menée à partir de l'acte réglementaire qui l'impose (v. Rémy Ph., note précitée), à condition, bien entendu, que celui-ci en soit réellement la source.

À nos yeux, il est évident que l'intention de l'assureur est, dans les clauses précitées, de stipuler un plafond par année d'assurance, et non par sinistre. Au demeurant, le montant de la prime peut utilement éclairer l'interprète. Mais il est tout aussi évident que rédiger une telle clause de double plafonnement sous des formes aussi défectueuses (montant unique « par année et par sinistre », etc.) est le meilleur moyen de provoquer une incontestable ambiguïté et, en conséquence, une interprétation favorable à l'assuré qui n'a pas forcément compris la clause de la même façon que l'assureur. Il ne faut pas oublier que le juge est chargé de rechercher la commune intention des parties, et n'a pas à se cantonner à l'intention du seul assureur.

Au demeurant, il ne faudra pas négliger ici l'incidence de l'article L. 211-1 du Code de la consommation qui impose une interprétation favorable au consommateur en cas de doute sur le sens d'une clause – mais le texte mentionne les « clauses des contrats proposés par les professionnels aux consommateurs », ce qui suppose que le contrat soit conclu avec un consommateur, ce qui n'est pas le cas des contrats d'assurance de responsabilité en cause – la victime ne s'étant évidemment pas vu proposer ceux-ci.

La loi du 1^{er} août 2003 a « *légalisé* » le mécanisme de la globalisation (L. n° 2003-706, 1^{er} août 2003, JO 2 août ; voir n° 1434), dont il convient cependant de rappeler les traits essentiels, notamment en raison des incertitudes qui entourent l'application de ce texte dans le temps.

Quand des sinistres se produisent successivement dans la même année d'assurance, chacun doit être considéré et évalué individuellement. On lui applique le montant de la garantie, en respectant les éventuelles clauses d'imputation, de reconstitution, etc.

Toutefois, l'assureur se méfie généralement de la charge que représentent des sinistres successifs quand les dommages sont identiques et dus à une même cause (sinistres en série ou « *sériels* », qui se rencontrent notamment dans l'industrie des produits de grande consommation ou dans la construction pavillonnaire, etc.). L'ensemble de ces sinistres, quelle que soit leur date de survenance (au cours de la même année d'assurance ou sur plusieurs années), est contractuellement assimilé à un unique sinistre. Celui-ci prend date au jour de la réalisation du premier d'entre eux. Chacun de ces sinistres vient amputer la garantie prévue pour l'année au cours de laquelle le premier survient. Encore faut-il préciser que la clause de globalisation des sinistres identiques peut être accompagnée d'une clause de limitation par année d'assurance et de limitation par sinistre (la première limite étant supérieure à la seconde). Les sinistres globalisés tombent alors sous le coup de la limitation par sinistre.

La complexité de cette technique désoriente tant les assureurs que les magistrats, en raison des difficultés qui président à l'analyse des notions de « *même cause* », de « *désordres identiques* », etc. (v. sous Cass. 1^{re} civ., 6 déc. 1988, n° 87-13.441, RGAT 1989, p. 87, note Bigot J. ; Cass. 3^e civ., 22 févr. 1989, n° 87-17.692, RGAT 1989, p. 370, note Bigot J., et sous CA Montpellier, 27 juin 1990, RGAT 1991, p. 118, note Bigot J. ; v. également, Schuermans L., Une tour ou deux tours ? Quelques réflexions sur la globalisation des sinistres, Mélanges Fontaine M., Larcier, 2003, p. 831). Elle est encore accrue quand la police prévoit un plafond « *par sinistre et par an* », tout en définissant le sinistre comme « tous les dommages résultant d'une même cause » et en précisant que « sont considérés comme constituant un seul et même sinistre tous les dommages résultant d'une même erreur, malfaçon ou faute professionnelle quelconque » : le plafond annuel est applicable à l'ensemble des dommages nés de la défectuosité du produit (Cass. 1^{re} civ., 7 déc. 1999, n° 97-17.001, RGDA 2000, p. 177, note Fonlladosa L.).

Il n'en reste pas moins que la clause de globalisation, quand elle est claire, doit être appliquée dès que l'on constate que les sinistres successifs consistent en des dommages équivalents et que ceux-ci procèdent de la même cause (v. Cass. 1^{re} civ., 4 nov. 1992, n° 90-21.212, RGAT 1993, p. 128, note Bigot J. ; Cass. 1^{re} civ., 10 juill. 1995, n° 93-16.093 : contrat couvrant les dommages causés par des dalles de courts de tennis, avec garantie de la mise en œuvre de ces produits à concurrence de 2 000 000 francs, soit 304 898,03 euros, par année d'assurance, sous un plafond de 500 000 francs, soit 76 224,51 euros, par sinistre, et garantie des frais de remplacement des produits, à concurrence de 500 000 francs par année d'assurance : clause de limitation de garantie énonçant que le sinistre est considéré comme l'ensemble des réclamations se rattachant à un même fait générateur : cette clause signifie que le sinistre annuel, tombant sous le coup du plafond de garantie, est constitué de l'ensemble des réclamations fondées sur le fait générateur qu'est le vice propre au produit).

À défaut de l'une de ces conditions, la garantie joue pour chaque sinistre, ou série de sinistres, distinct de l'autre (pour un exemple de clause de globalisation peu claire, et devant donc être interprétée par le juge du fond, v. Cass. 1^{re} civ., 3 mai 1995, n° 92-13.406, RGAT 1995, p. 669, note Vincent F. : clause soumettant au plafond de garantie les sinistres en série survenus au cours d'une même année d'assurance, celle-ci étant l'année pendant laquelle la première réclamation a été formulée à l'assuré, et les sinistres ultérieurs, quelle que soit leur date, étant réputés s'être produits pendant cette même année : pour les juges de

fond, cette clause est ambiguë car les sinistres à prendre en compte ne peuvent être, à la fois, ceux survenus pendant une même année d'assurance, et ceux devant être affectés à l'année d'assurance pendant laquelle aura été formulée à l'assuré la première réclamation ; en conséquence, la clause s'analyse comme indiquant que chaque année d'assurance couvre tous les sinistres survenus pendant ladite année).

Ce système est parfois méconnu par les juges qui estiment que si des dommages similaires sont dus à deux causes différentes, il n'a pas à être mis en œuvre, alors même que ces causes étaient communes à tous les dommages (Cass. 1^{re} civ., 2 juill. 1985, n° 84-12.870, RGAT 1985, p. 550, note critique Bigot J.).

Les assureurs doivent être attentifs lorsque la clause de globalisation est introduite par avenant, en cours de contrat, et fait suite à une clause qui se borne à un plafond par année d'assurance. La Cour de cassation a admis, en présence de deux dommages qui avaient la même cause, que le premier n'entrait pas dans le cadre de la globalisation car il était survenu sous l'empire du contrat initial, alors que le second s'était produit après la prise d'effet de l'avenant. L'assureur, ayant d'abord réglé ce second sinistre, n'a donc pu le déduire du montant de la garantie et a été condamné à indemniser intégralement le premier sinistre (Cass. 1^{re} civ., 10 juin 1986, n° 83-14.655, RGAT 1986, p. 371, note Bigot J.). Sur la portée de la globalisation à l'égard de la prescription, voir n° 1158 ; en présence d'une clause réclamation illicite, voir n° 1478 ; et plus précisément, sur la globalisation dans le contrat d'assurance de responsabilité, voir n° 1436.

V. Bakouche D., La globalisation des sinistres, Resp. civ. et assur. 2016, dossier n° 22.

817

Plafond par événement et par personne ou par bien

Une variante de la globalisation peut être discernée dans la clause qui établit un montant maximum par événement, et un autre, inférieur, par personne ou par bien touché par le dommage. En ce cas, le plafond par personne ou par bien joue pour le dommage subi par chaque personne ou par chaque bien. Si un même événement (une explosion, par exemple) cause un dommage à plusieurs personnes ou plusieurs biens, le plafond par événement recevra application dès qu'il sera atteint par la somme des indemnités versées à raison de chaque personne ou de chaque bien (v. Cass. 1^{re} civ., 16 juill. 1985, n° 84-12.274, RGAT 1985, p. 533 : si le contrat prévoit un premier plafond de trois millions de schillings par événement, et un plafond d'un million par personne, le premier plafond ne saurait recevoir application que si plus de trois personnes sont victimes d'un dommage ; si une seule personne est victime, seul doit jouer le second plafond).

B. — Franchises

818

Validité de principe

L'article L. 121-1 du Code des assurances établit la licéité du procédé de la franchise en disposant qu'« il peut être stipulé que l'assuré reste obligatoirement son propre assureur pour une somme ou une quotité déterminée, ou qu'il supporte une déduction fixée à l'avance sur l'indemnité du sinistre ».

Les termes de ce texte permettent plusieurs types de franchises. La liberté contractuelle trouve donc à s'exercer pleinement, sous réserve des règles édictées par la loi ou le règlement dans les assurances obligatoires. Si la franchise est inopposable aux bénéficiaires des indemnités d'assurance, par exemple dans les assurances obligatoires en matière de construction, la clause doit être limitée au dommage qui tombe sous le coup de cette règle : l'inopposabilité concerne les dommages matériels, et non les dommages immatériels, pour lesquels la franchise est

opposable à défaut de stipulation contraire : Cass. 1^{re} civ., 18 juin 1996, n° 94-15.291 ; sur l'opposabilité des franchises en assurance de responsabilité civile, voir n° 1589 ; dans le domaine de l'assurance obligatoire des actes de terrorisme et des attentats, les attentats perpétrés à New-York le 11 septembre 2001 ont conduit les autorités administratives françaises à prévoir un régime spécifique de franchise pour les grands risques (D. n° 2001-1337, 28 déc. 2001, JO 30 déc., modifiant l'article R. 126-2 du Code des assurances et l'arrêté du 28 décembre 2001, JO 30 déc.). La Cour de cassation a déjà dû rappeler que lorsqu'une telle règle existe, elle est évidemment cantonnée à l'assurance visée par le texte dans lequel elle figure : « sauf disposition légale contraire, les parties à un contrat d'assurance de dommages peuvent convenir d'une franchise à la charge de l'assuré, la cour d'appel a violé le texte susvisé » ; est donc cassé l'arrêt qui, au visa de l'article L. 242-1 du Code des assurances (assurance obligatoire de dommages à l'ouvrage), écarte une franchise contractuelle prévue dans un contrat d'assurance multirisque professionnelle au motif qu'une telle franchise ne pouvait recevoir application dans le cadre des assurances de dommages (Cass. 1^{re} civ., 20 oct. 1998, n° 96-16.510, RGDA 1999, p. 314, note Kullmann J.). Il n'en reste pas moins que dans les assurances non obligatoires, la validité d'une franchise peut être mise en doute lorsqu'elle tend à réduire trop fortement la garantie d'assurance.

819

Types de franchises

Franchise « simple », franchise « absolue » ou « découvert obligatoire » sont autant d'expressions qui ne résultent pas de la loi, mais de la pratique ou de la doctrine. Elles ne servent donc qu'à établir une classification d'ordre pédagogique. Les contrats d'assurance ne les reproduisent généralement pas de façon formelle. Seule la substance des clauses de franchise permet donc d'en mesurer le sens et la portée.

a) Franchise simple

La franchise est dite *simple* lorsque la garantie ne couvre pas le sinistre d'un montant inférieur à son montant : aucune indemnité d'assurance n'est due au titre d'un tel sinistre. La franchise simple n'implique donc pas de déduction et elle correspond à une délimitation du risque garanti. Elle est neutre à l'égard des sinistres dont le montant lui est supérieur. Pour ceux-ci, l'indemnité est due au premier franc, mais une franchise absolue peut être alors stipulée.

À titre incident, il a été jugé que l'expression contractuelle « *sinistre indemnisable* » désigne le sinistre qui permet à l'assuré de percevoir une indemnité au titre de la police d'assurance, et que tel n'est pas le cas du sinistre dont le montant est inférieur au montant de la franchise prévue au contrat (Cass. 2^e civ., 30 juin 2005, n° 04-11.168). Il faut, en outre, rappeler la technique contractuelle de la franchise parfois dite « *annual aggregate deductible* », selon laquelle l'assureur n'a pas à indemniser l'assuré de ses différents préjudices tant que leurs montants cumulés n'excèdent pas, au cours de la période d'assurance, un montant défini par la police : l'indemnité n'est due qu'après épuisement du montant de la franchise.

b) Franchise absolue

La franchise est dite *absolue* lorsqu'elle joue toujours, indépendamment du montant du sinistre. Elle affecte l'indemnité d'assurance et non la garantie du risque. En d'autres termes, la garantie est due quel que soit le montant du sinistre, mais il convient de déduire la franchise de l'indemnité d'assurance. Si un sinistre est inférieur à la franchise absolue, il a certes vocation à être garanti, mais c'est l'indemnité d'assurance qui est annihilée. Les sinistres supérieurs à ce montant sont, eux, indemnisés seulement pour leur part excédant la franchise.

c) Découvert obligatoire

L'assuré peut en principe chercher une autre garantie d'assurance pour couvrir la part de sinistre non couverte du fait de la franchise simple ou de la franchise absolue. Dans certains cas, le contrat d'assurance peut interdire une telle couverture, l'assureur tenant à ce que l'assuré soit intéressé à la prévention du risque puisqu'il subit la charge de cette franchise imposée : celle-ci peut alors prendre le nom de découvert obligatoire. Le non-respect de l'obligation de non-souscription d'une autre assurance est le plus souvent sanctionné par une déchéance formellement prévue par la police d'assurance. Ce système est adopté notamment par presque toutes les assurances du risque de crédit.

820

Modes de fixation du montant de la franchise

La franchise absolue (ou le découvert obligatoire) peut tout d'abord être exprimée en valeur absolue : l'assuré sait donc qu'en cas de sinistre, l'indemnité sera amputée d'une somme fixe.

La franchise peut ensuite être établie en pourcentage du montant de la garantie, ce qui revient pratiquement au cas précédent.

Enfin, elle est parfois libellée en un pourcentage du montant, non du plafond de garantie, mais du sinistre. Dans certaines conditions, la validité d'une telle franchise est douteuse. Si son montant joue librement par application d'un pourcentage du montant du sinistre et si la police prévoit un plafond d'indemnité d'assurance, la garantie risque d'être vidée de sa substance. En effet, plus le sinistre est important, plus la franchise, en valeur absolue, est élevée (pourcentage du sinistre). Et plus elle est élevée, plus elle tend à se rapprocher du plafond de garantie. Si les circonstances et les stipulations contractuelles s'y prêtent, la franchise peut même dépasser ce plafond. Or, l'article L. 121-1 du Code des assurances rend licites les franchises qui conduisent l'assuré à rester son propre assureur « pour une somme ou une quotité déterminée » ou à supporter « une déduction fixée à l'avance sur l'indemnité du sinistre ». Si la franchise proportionnelle au montant du sinistre supprime toute indemnité d'assurance, l'indemnité ne peut plus faire l'objet d'une « déduction » et l'assuré n'est plus son propre assureur pour une « quotité » (ce type de franchise étant étrangère à l'idée de « somme » déterminée) : plus simplement, il n'y a plus d'indemnité d'assurance. La Cour de cassation a donc rejeté la mise en œuvre d'une franchise proportionnelle au montant du dommage (franchise de 10 % du montant du dommage), le contrat d'assurance prévoyant dans le même temps un plafond de garantie (Cass. 1^{re} civ., 16 oct. 1990, n° 88-17.513, RGAT 1991, p. 40, note Bigot J.).

La franchise proportionnelle au montant du sinistre demeure licite quand la déduction qu'elle implique est limitée, en valeur absolue, à un maximum inférieur au plafond de garantie. Elle l'est aussi quand la garantie est illimitée.

Le problème de l'existence même de la garantie peut également être soulevé quand son montant est fonction de celui d'une autre assurance. Pour la Cour de cassation, la clause du contrat, qui garantit le paiement d'indemnités de licenciement et prévoit que l'indemnité sera égale à la différence entre celle prévue par la convention collective et celle versée par l'AGS, constitue une limitation de garantie valable dès lors qu'elle ne correspond pas, *a priori*, à toute absence de garantie, même si la différence est nulle en l'espèce (Cass. 1^{re} civ., 18 janv. 1989, n° 87-17.006, RGAT 1989, p. 337, note Bigot J.).

La définition de la franchise par référence à l'indemnité fournie par une autre garantie d'assurance peut aussi être discutée au regard de la notion de *clause de subsidiarité* (sur la validité de la clause de subsidiarité au regard de la réglementation des assurances cumulatives, voir n° 956 et s.).

§ 2. Date d'appréciation du montant de la garantie

821

Jour du sinistre

En principe, l'assureur doit exécuter la prestation déterminée par le contrat lors de la réalisation du risque (C. assur., art. L. 113-5). C'est donc au jour du sinistre qu'il convient de se placer pour constater le montant de la garantie alors en vigueur.

Cette règle devrait impliquer la neutralité des modifications ultérieures du montant de la garantie. L'obligation de l'assureur ne pourrait être augmentée, postérieurement au sinistre considéré, ni par le jeu d'une indexation, ni par un avenant.

Le plafond étant figé au jour du sinistre, l'indemnité d'assurance ne peut le dépasser. Si elle n'est pas versée dans le délai prévu au contrat, des intérêts peuvent courir suivant certaines modalités (voir n° 968 et s.). Au surplus, les franchises applicables sont celles existant à cette même date. Leur éventuelle modification ne peut avoir d'incidence que sur les sinistres à venir.

Si les assurances de choses ne suscitent guère de difficultés (évaluation du coût des travaux de réparation à la date du sinistre : Cass. 1^{re} civ., 26 avr. 2000, n° 97-20.827, RGDA 2000, p. 825, note Kullmann J.), la jurisprudence ne respecte pas toujours fidèlement ces principes quand il s'agit d'assurance de responsabilité.

822

Difficultés propres aux assurances de responsabilité

L'absence de définition fiable du sinistre en assurance de responsabilité provoque ici de sérieux problèmes qu'il convient de rappeler au risque de multiples redondances. En effet, si le sinistre est défini comme la réclamation, le montant de la garantie d'assurance est celui stipulé à ce jour. Si il est constitué par l'apparition du dommage, il faut se pencher sur le passé pour déterminer quel était alors le montant contractuel de garantie. Si, enfin, l'assureur tenu à garantie est celui dont le contrat était en vigueur au jour du fait qui a entraîné le dommage, c'est logiquement le montant prévu par son contrat qui marque la limite de son obligation. On sait que la Cour de cassation annule les clauses « réclamation » et « survenance du dommage » (voir n° 1474 et s.). En affirmant que le fait à l'origine du dommage permet de désigner l'assureur garant du sinistre, sa jurisprudence conduit inévitablement à juger que le plafond de garantie applicable au sinistre est celui existant au jour de ce fait, qui peut être très largement antérieur à la naissance de la dette de responsabilité et à la fixation des dommages-intérêts dus par l'assuré responsable. En effet, si un contrat d'assurance existe au jour de ce fait, c'est lui qui doit trouver application – même si aucun contrat n'est en cours lors du dommage ou de la réclamation, ou même si un contrat est en vigueur au moment de l'un de ces deux événements. Si la solution de la Cour de cassation a une quelconque cohérence, c'est donc le plafond stipulé par le contrat en cours au moment du fait générateur qui doit être retenu.

C'est en ce sens qu'elle a statué dans une affaire relativement complexe (Cass. 3^e civ., 18 déc. 1996, n° 95-11.830, RGDA 1997, p. 229, note d'Hauteville A., Resp. civ. et assur. 1997, comm. 112, note Groutel H.). Un assuré résilie son contrat d'assurance (premier contrat – plafond 5 millions) et en souscrit un nouveau auprès d'un autre assureur (second contrat). Il résilie cette police au bout d'un an, et retourne chez le premier assureur (troisième contrat – plafond 1 million) qui lui accorde une reprise du passé englobant la période couverte par le premier contrat. En ce qui concerne le sinistre, le fait générateur s'est produit en cours de validité du premier contrat et la réclamation, en cours de validité du troisième contrat – autrement dit, toujours chez le même assureur. Il n'est donc pas question ici d'assurances cumulatives, mais quel plafond retenir ? Celui existant au jour de la réclamation ou celui existant au jour du fait

générateur ? La Cour de cassation tranche implicitement pour le plafond en cours au jour du fait générateur (cassation de l'arrêt de la cour d'appel car celle-ci a retenu le plafond du contrat en cours au moment de la réclamation – pour un motif dépourvu de toute pertinence, du reste –, alors qu'elle aurait dû « rechercher si la date de livraison du produit défectueux par la société Sodap constitutif du fait générateur du dommage, ne se situait pas au cours de la période de validité du premier contrat d'assurance »).

Or, la pratique montre que de façon très générale, les plafonds de garantie ont tendance à s'élever au fil du temps, soit par indexation, soit par augmentation convenue indépendamment de celle-ci. La jurisprudence relative au fait générateur peut donc s'avérer fort peu favorable à la victime. Peut-être cet inconvénient explique-t-il certains arrêts qui admettent, curieusement, l'évolution du plafond de la garantie par le jeu, après le sinistre, de l'indexation du montant de la garantie.

§ 3. Évolutions du montant de la garantie

823

Mécanismes de modification

La modification du montant de la garantie, d'une année d'assurance sur l'autre, est indispensable en raison non seulement de l'inflation, mais aussi des changements qui affectent l'aspect quantitatif du risque. Le temps a ici une incidence remarquable, de même que l'ignorance ou l'insouciance des assurés.

a) Indexation

Si la première méthode d'adaptation du montant de la garantie se trouve dans l'indexation, il faut souligner qu'il existe encore des polices d'assurance qui ne contiennent pas de clause ayant cet objet (sur la responsabilité de l'assureur pour manquement à son obligation d'information et de conseil, voir n° 828). Actuellement, l'indexation est généralement prévue par les parties tant pour la prime que pour le montant de garantie. À chaque date anniversaire de la souscription, la clause d'indexation s'applique automatiquement, sans acte de volonté spécial de la part des contractants. La police d'assurance mentionne le niveau atteint par l'indice au moment de la souscription du contrat (indice de départ) et la variation annuelle de cet indice fournit le pourcentage qui doit être appliqué au montant de la garantie pour déterminer le nouveau montant de l'année à venir. La variation de la prime obéit au même régime.

À supposer qu'un sinistre survienne en cours de garantie d'assurance, la variation indiciaire du montant de l'obligation de l'assureur doit être calculée en fonction de l'indice en vigueur au jour du sinistre (vol, incendie, etc.), l'actualisation ne pouvant en principe être appliquée aux sommes versées à titre de provision par l'assureur pour la période postérieure à leur paiement (Cass. 3^e civ., 31 mars 1999, n^{os} 97-15.444 et 97-15.495, RGDA 1999, p. 577, note Mayaux L., qui souligne que cette actualisation devrait néanmoins être prise en compte pour calculer le montant du solde de l'indemnité). D'une part, il s'agit là du jour de la naissance de l'obligation de règlement de l'assureur (C. assur., art. L. 113-5). D'autre part, le principe indemnitaire veut en effet que l'indemnité ne puisse dépasser la valeur de la chose au jour du sinistre.

En conséquence, au jour du sinistre naît la dette de l'assureur. Le plafond de l'indemnité d'assurance est calculé en appliquant l'indice existant alors. Le sinistre étant évalué, la dette d'indemnité, inférieure ou égale à ce plafond, doit être exécutée dans le délai convenu par le contrat d'assurance. Si le versement n'est pas effectué par l'assureur à la date d'exigibilité, l'assuré est en droit de faire courir les intérêts de retard en réalisant l'un des actes prévus par la loi à cet effet (sommation, etc. : voir n^{os} 968 et s.). Au jour du paiement effectif, l'assureur devra payer non seulement l'indemnité d'assurance, mais les intérêts calculés en fonction du retard et du taux d'intérêt légal.

Cette solution est exclusive de toute autre, notamment de celle qui consiste à déterminer le montant de l'indemnité d'assurance par le jeu de l'indice en vigueur au jour de son paiement.

Ces principes doivent être respectés pour l'ensemble des assurances, même si aucune clause ne vient préciser qu'en cas de sinistre, la somme due par l'assureur sera calculée à telle ou telle date, mais non au jour du règlement (v. en matière d'assurance sur la vie, la cassation de la décision qui a jugé que la somme sera indexée « au jour du paiement, en application de la clause d'ajustement des garanties », alors que cette clause énonçait clairement que « les sommes seront réglées sur la base des montants atteints à l'échéance annuelle précédant la date du sinistre et non au jour du règlement » : Cass. 1^{re} civ., 18 juin 1996, n° 94-15.271).

Toutefois, la jurisprudence montre qu'ils se heurtent à divers problèmes, dans les assurances de choses comme de responsabilité.

b) Déséquilibre dû à l'indexation

Habituellement, prime et garantie sont toutes deux indexées de façon à suivre l'évolution d'un même indice. Il peut cependant arriver que tel ne soit pas le cas et qu'un déséquilibre substantiel soit constaté au fil des années. En pareil cas, le juge du fond dénature le contrat d'assurance s'il revalorise la prestation comme l'a été la prime, non indexée, alors qu'il était stipulé que l'indice de référence était applicable à l'ensemble des garanties contractuelles (Cass. 1^{re} civ., 23 sept. 2003, n° 02-12.217, RGDA 2004, p. 387, note Kullmann J., à propos d'une espèce particulièrement significative : dans un contrat couvrant les indemnités incapacité de travail et remboursement de frais médicaux et pharmaceutiques, les indemnités sont indexées sur le prix de la journée d'hospitalisation en chirurgie dans les hôpitaux HP Paris, indice de 1961 ; l'indemnité stipulée dans les circonstances de l'espèce est alors de 37 francs, tandis que la prime est de 175 francs, sans indexation ; vingt-deux ans plus tard, se produit l'accident de l'assuré ; la prime est passée à 462 francs, mais l'indemnité se monte à 1 937 francs, du fait de l'indexation. Entre la souscription et le sinistre, l'indemnité est ainsi multipliée par 52, tandis que la prime ne l'est que par 2,6. La cour d'appel revalorise les prestations comme l'ont été les primes, au motif qu'il convient d'empêcher un enrichissement injustifié de l'assuré. Son arrêt est cassé).

Le strict respect du contrat, et de ses clauses d'indexation, est également imposé quand il est jugé que l'assuré, « en sa qualité d'artisan », « était à même d'apprécier l'évolution des prix consécutive à l'érosion monétaire et de veiller à faire modifier, en conséquence, ses polices d'assurance » (Cass. 1^{re} civ., 28 oct. 1991, n° 90-15.029, RGAT 1992, p. 182, note Langé D. ; v. aussi n° 676).

c) Modification hors indexation

Le second procédé d'adaptation du montant de la garantie est évidemment celui de l'avenant modificatif, qui doit être utilisé dès que la valeur du dommage possible excède le plafond de garantie, sous réserve de la volonté de l'assuré d'être en état de sous-assurance.

824

Indexation et assurance de choses

La jurisprudence relative au jeu de la clause d'indexation du montant de la garantie est devenue particulièrement complexe et son évolution est difficilement compréhensible.

À plusieurs reprises, la Cour de cassation a affirmé qu'en vertu du principe de l'application de l'indice en vigueur au jour du sinistre, doit être cassé l'arrêt qui actualise l'indemnité en fonction de l'évolution de l'indice du coût de la construction entre la date de fixation de cette indemnité et la date de son paiement (Cass. 1^{re} civ., 27 sept. 1983, n° 82-12.459, RGAT 1984, p. 193 ; v. aussi, CA Versailles, 14 déc. 1983, RGAT 1984, p. 210). L'arrêt du 27 septembre 1983 a précisé que le retard de paiement ne peut donner lieu qu'à des intérêts au taux légal, sauf

préjudice indépendant (v. également, en ce sens, Cass. 1^{re} civ., 26 janv. 1988, n° 86-12.398 ; sur le préjudice indépendant, voir n° 988).

Cependant, la Cour de cassation a laissé naître un doute à propos de la mise en œuvre, dans de telles conditions, de l'actualisation de l'indemnité d'assurance par la voie de l'indexation et par la voie du cours des intérêts légaux (Cass. 1^{re} civ., 14 janv. 1992, n° 90-13.243, RGAT 1992, p. 370, note Rémy Ph.). Le contrat litigieux avait pour objet, semble-t-il, une assurance de choses (pertes d'exploitation et dommages aux biens). La Cour a cassé la décision qui avait dit que, d'une part, l'indemnité due par l'assureur serait actualisée à la date de son paiement effectif et, d'autre part, que cette même indemnité porterait intérêt au taux légal à compter de la demande. Elle a considéré que de la sorte, l'assuré aurait obtenu une double indemnisation de son préjudice. Toutefois, elle n'a pas précisé quelle modalité d'actualisation devait être retenue. Un choix serait-il laissé au juge du fond entre le cours des intérêts légaux et le jeu de l'indice (v. Rémy Ph., note sous Cass. 1^{re} civ., 14 janv. 1992, n° 90-13.243, préc.) ? S'agissant d'un problème relatif à l'indemnité d'assurance, il conviendrait de ne raisonner qu'en termes de dette de somme d'argent (telle étant habituellement la prestation de l'assureur). Le jeu de l'indice ne doit concerner que la détermination du montant de la garantie d'assurance (plafond et franchise) et le jeu du cours des intérêts ne doit être appliqué qu'à l'évolution de l'indemnité d'assurance entre la date de son exigibilité et celle de son paiement entre les mains de l'assuré.

Quoi qu'il en soit, l'ensemble des décisions rapportées a exclu que l'assuré obtienne une indemnisation qui bénéficierait à la fois de l'actualisation par mise en jeu de l'indexation entre la date du sinistre et la date du paiement effectif de l'indemnité, et de l'octroi d'intérêts moratoires courant du jour de l'exigibilité de l'indemnité au jour du paiement effectif de l'indemnité.

Or, dans une affaire d'assurance vol, la Cour de cassation a approuvé une cour d'appel qui a procédé à un tel cumul. Il a été décidé « d'une part, que l'indemnité due par l'assureur serait actualisée à la date de son paiement effectif, d'autre part, qu'elle porterait intérêts au taux légal à compter (...) de l'assignation en référé ». Pour la Cour de cassation, il ne s'agit pas là d'une « double indemnisation du préjudice, dès lors que l'actualisation compense la dépréciation monétaire entre le jour où la créance est évaluée et le jour du paiement, tandis que les intérêts moratoires indemnissent seulement le retard dans le paiement » (Cass. 1^{re} civ., 16 mai 1995, n° 92-15.376, RGAT 1995, p. 569, note très critique Kullmann J. ; v. Rapp. C. cass. 1995, Doc. fr. 1996, p. 327 ; solution répétée par Cass. 1^{re} civ., 6 juin 2000, n° 97-14.965, RGDA 2000, p. 829, note Mayaux L.).

Ce raisonnement est fort critiquable (dans son *Rapport* précité, la Cour de cassation met l'accent sur le fait que, dans ses conclusions, l'assureur n'avait pas discuté la demande de l'assuré sollicitant une indemnité correspondant au plafond de garantie à actualiser au jour du paiement effectif – ce qui, évidemment, rendait sur ce point la contestation irrecevable pour la première fois devant elle – mais il n'en reste pas moins que l'arrêt contient une formule justifiant, à titre de principe, la négation d'une double indemnisation, principe objet de la présente critique). Il peut conduire l'assuré à souhaiter que l'assureur conteste sa garantie et que le procès dure le plus longtemps possible. En effet, à supposer qu'au jour du sinistre, le plafond de garantie soit inférieur au montant du dommage, l'assuré n'a droit qu'à une indemnisation partielle ou limitée à ce plafond. Or, l'indexation continuera à jouer chaque année, tout au long de la procédure. Au bout d'un certain temps, lors de la décision définitive, l'indemnité sera calculée en fonction du plafond réévalué – et se rapprochera donc, par définition, du montant du dommage. Dans une hypothèse extrême, le montant du dommage pourra devenir égal ou inférieur au plafond ainsi actualisé. L'assureur devra donc prendre en charge l'intégralité du dommage. Et dans le même temps, il devra, sur cette indemnité calculée en fonction du plafond actualisé, verser également les intérêts moratoires à compter de l'acte manifestant la volonté de l'assuré d'être payé.

Or, il est certes normal qu'en cas de contestation de sa garantie, qui se solde par un échec en justice, l'assureur court le risque des intérêts de retard : il aurait dû payer à la date convenue selon les stipulations du contrat, mais il ne l'a pas fait, à tort

selon la décision judiciaire. Mais ce qu'il aurait dû payer, c'est la somme d'argent correspondant au dommage évalué au jour du sinistre ; et c'est sur cette somme que doivent être calculés les intérêts de retard en application de l'article 1231-6 du Code civil. L'indexation, prévue par le contrat à raison du plafond de garantie, n'a pas à jouer en cumul avec ces intérêts moratoires.

L'indexation ayant une source contractuelle, l'anéantissement du contrat implique celui de la clause d'indexation. Si le contrat d'assurance est résilié, cette clause ne peut plus jouer.

La Cour de cassation a rendu un arrêt qui s'éloigne sensiblement de cette règle, dans une espèce où le contrat avait été résilié avant la reconnaissance judiciaire de la responsabilité de l'assuré. Elle a jugé que « l'assureur étant tenu de garantir les conséquences du sinistre survenu avant l'expiration du contrat d'assurance », doit être rejeté le pourvoi formé contre l'arrêt qui a estimé « qu'il y avait lieu de prendre en considération, pour fixer l'indemnité d'assurance, l'indice en vigueur à la date du règlement des indemnités allouées » (Cass. 1^{re} civ., 12 févr. 1991, n° 88-17.498, Resp. civ. et assur. 1991, comm. 193 ; pour une vive critique de la solution, v. Groutel H., L'indexation des primes et des garanties, Resp. civ. et assur. 1991, chr. n° 13).

La motivation de la décision n'est guère convaincante : « Si la clause contractuelle litigieuse précise à quel moment il faut se placer pour choisir la valeur de l'indice, dit "indice d'échéance", qui sera comparé à l'indice de base pour calculer en vue d'adapter le montant de la prime, elle ne donne aucune indication du même ordre sur le moment auquel il faudra prendre en compte l'indice de comparaison afin de procéder à l'adaptation du montant de la garantie et se borne à énoncer que les sommes varieront à tout moment, proportionnellement aux variations de l'indice ».

En d'autres termes, si le contrat ne dit pas lui-même que l'indice final est celui du jour d'un événement défini par la police d'assurance, la Cour de cassation voit là une ambiguïté qui oblige le juge du fond à interpréter la convention des parties sur ce point. Il peut donc choisir l'indice du jour du règlement de l'indemnité.

On ne peut qu'observer une nouvelle fois l'une des conséquences perverses de la jurisprudence relative à la notion de *sinistre* en assurance de responsabilité.

En bref, si le contrat définit le sinistre comme la réclamation, l'indice final est celui en vigueur au jour de cette réclamation ; la même règle doit être adoptée si le contrat, plus justement au plan juridique, utilise la réclamation comme une condition suspensive de l'obligation de l'assureur. Or, la nullité de cette clause, établie par la Cour de cassation contrairement à l'article L. 124-1 du Code des assurances, interdit cette solution pourtant favorable au créancier de l'indemnité.

Dans une autre hypothèse, si le contrat définit le sinistre comme l'apparition du dommage, un problème identique résulte de son annulation par la Cour de cassation. Pourtant, l'effet logique d'une telle stipulation serait l'application de l'indice en cours au jour de cet événement, qui marque la naissance de la dette de responsabilité et, corollairement, celle de la dette de l'assureur, conformément à la règle posée par l'article L. 113-5 du Code des assurances.

Il faudrait donc constater que si l'assureur tenu à garantie est celui dont le contrat est en vigueur au jour du fait qui provoque le dommage, et si ce contrat est résilié juste après sa réalisation, l'indice final est celui qui existe à l'instant de ce fait... solution éminemment défavorable à l'assuré et à la victime.

Au fond, la solution énoncée par l'arrêt du 12 février 1991 précité met en lumière la contradiction de la jurisprudence actuelle, puisqu'elle suppose l'absence de définition contractuelle de l'indice final alors que la nullité des clauses réclamation et survenance du dommage rend impossible une telle définition. Cet arrêt approuvant la mise en œuvre de l'indice publié au jour du règlement de l'indemnité d'assurance, on ne peut même pas dire qu'il rejoint ainsi la jurisprudence qui, sur le plan de la responsabilité civile, affirme que le droit à réparation de la victime naît avec le jugement de condamnation du responsable (voir n° 1447).

826 Modification par avenant

En principe, la modification du montant de la garantie réalisée après la survenance d'un sinistre n'a pas d'incidence sur la garantie due par l'assureur au titre de ce sinistre, à supposer résolus les problèmes relatifs à la détermination de celui-ci et indépendamment du problème de l'actualisation issue de l'indexation des capitaux garantis.

Dans le domaine de l'assurance de responsabilité, cette règle a été suivie par la Cour de cassation à plusieurs reprises. Les contrats litigieux définissaient le sinistre comme la réclamation de la victime et la modification du plafond de garantie avait eu lieu entre le fait générateur de la responsabilité et la réclamation de la victime. Il a été décidé que le plafond applicable était celui existant au moment de la réclamation et non celui antérieur à la modification, solution fort logique puisque le sinistre était constitué par la réclamation, aux termes mêmes des polices d'assurance. La fermeté de la solution ressort de son incidence sur la situation de l'assuré : défavorable dans un cas, le plafond ayant été diminué (Cass. 1^{re} civ., 18 janv. 1989, n° 87-15.019, RGAT 1989, p. 410, note Bout R.), favorable dans l'autre (Cass. 1^{re} civ., 3 nov. 1988, n° 89-19.592, Bull. civ. I, n° 296).

Or, l'actuelle jurisprudence de la Cour de cassation annule la clause réclamation et la clause survenance du dommage et retient la garantie d'assurance existant lors du fait à l'origine du dommage. La logique voudrait que le plafond de garantie en vigueur à cet instant soit également adopté pour délimiter le droit de l'assuré, même si des modifications lui ont été apportées par la suite jusqu'au stade de la réclamation de la victime.

§ 4. Renonciation de l'assureur à la limitation

827 Renonciation tacite : jurisprudence isolée

L'assureur s'étant engagé dans la limite d'un certain montant stipulé dans la police d'assurance, il ne saurait être considéré comme y ayant renoncé au seul motif qu'il ne l'a pas rappelé dans tous les écrits qu'il a établis après le sinistre (v. Chapuisat F., La renonciation de l'assureur aux prérogatives du Code des assurances, RGAT 1993, p. 495). Un arrêt, fortement critiqué mais heureusement isolé, a pourtant découvert une telle renonciation dans l'attitude de l'assureur qui s'était chargé de la défense de son assuré sans manifester de réserves (Cass. 1^{re} civ., 22 mai 1991, n° 89-21.486, RGAT 1991, p. 637, note critique Bout R. ; voir n° 1546).

La solution est abandonnée, comme en témoigne la décision selon laquelle le fait que l'assureur ait participé, sans réserve, aux opérations d'expertise, ne traduit pas une manifestation claire et très explicite d'une renonciation à la limite contractuelle de garantie (Cass. 1^{re} civ., 10 janv. 1995, n° 93-10.602). Il en est de même s'il émet une offre d'une indemnité provisionnelle, très légèrement supérieure à ce plafond : ce n'est pas incompatible avec l'intention de se prévaloir de la limitation contractuelle de garantie (Cass. 2^e civ., 4 juill. 2019, n° 18-14.066 et 18-14.313). On relèvera encore un arrêt qui a déclaré que le fait qu'un assureur ait accepté de régler une indemnité supérieure au plafond à raison d'un sinistre ne traduit pas de sa part une renonciation à se prévaloir de ce plafond pour d'autres sinistres, mais il est noté que cet assureur agissait dans le cadre d'une clause de défense-recours et qu'il s'était prévalu des plafonds dans plusieurs courriers adressés à l'assuré (Cass. com., 13 nov. 2012, n° 11-19.681, RGDA 2013, p. 308, note Péllissier A.). Dans la mesure où il s'agissait d'un contrat d'assurance de responsabilité, et où un même fait générateur était à l'origine

des dommages subis par les victimes, il est difficile de déduire de l'arrêt que l'on serait revenu à la solution, précitée, du 22 mai 1991.

§ 5. Obligation de conseil de l'assureur

828 Adéquation du montant de la garantie au risque de l'assuré

L'obligation de conseil qui pèse sur tout contractant professionnel peut permettre de mettre en cause la responsabilité de l'assureur ou de l'intermédiaire, qui ne propose pas à l'assuré un montant de garantie qui soit en rapport avec le risque couru (Cass. 2^e civ., 28 mars 2013, n° 12-14.655) sur l'adaptation de la garantie lors de la souscription, v. les exemples cités au n° 54). La jurisprudence tient évidemment compte des circonstances de chaque espèce. En témoigne la décision, marquée d'un certain bon sens, selon laquelle s'il est vrai qu'il n'est pas souvent possible de chiffrer précisément le risque encouru en matière d'assurance de responsabilité, et s'il peut toujours exister un risque d'insuffisance de la garantie quel que soit le montant encouru, il appartient au professionnel d'éclairer son client sur les risques raisonnablement concevables (à propos d'un agent général : Cass. 2^e civ., 29 mars 2006, n° 05-11.147, RGDA 2006, p. 755, note Langé D., qui observe que l'ancien article L. 520-1 du Code des assurances oblige l'intermédiaire d'assurance à préciser les exigences et les besoins du souscripteur éventuel ainsi que les raisons qui motivent le conseil fourni quant à un produit d'assurance déterminé). Toutefois, si le montant de la garantie est inférieur à la valeur déclarée des biens assurés, ces montants figurant dans les documents contractuels, il peut être considéré que le souscripteur a agi en toute connaissance de cause : ni l'assureur ni son agent général ne sont tenus d'une obligation de conseil (Cass. 2^e civ., 19 nov. 2015, n° 14-27.049).

Après la souscription du contrat d'assurance, et le risque ayant évolué, il a été jugé que l'assureur ayant été informé de l'importante augmentation de l'activité de son assuré, une clinique, le juge du fond doit rechercher si l'agent général avait attiré l'attention de l'assuré sur le montant de la garantie qui n'avait pas varié, pour tenir compte des nouveaux risques déclarés (Cass. 2^e civ., 21 déc. 2006, n° 06-13.158, RGDA 2007, p. 230, note Roussel J.). Toutefois, un arrêt plus ancien a décidé que l'on ne peut reprocher à l'assureur de ne pas avoir invité son assuré à faire augmenter le montant de la garantie en cours (Cass. 1^{re} civ., 15 juin 1964, n° 62-13.045, RGAT 1965, p. 58, note Besson A. ; v. également, Cass. 1^{re} civ., 2 juill. 1996, n° 94-15.977, RGDA 1996, p. 910, note Bigot J. : l'assuré n'avait pu ignorer l'évolution du risque et avait accepté un risque de couverture insuffisante qui avait toujours pour corollaire le maintien des primes qui, bien qu'indexées, restaient basses eu égard au risque couvert, et il n'avait pas demandé, au moment de la renégociation du tarif, une révision des plafonds de garantie). Plus précisément, la Cour de cassation a approuvé une cour d'appel d'avoir estimé qu'un assuré, « en sa qualité d'artisan », « était à même d'apprécier l'évolution des prix consécutive à l'érosion monétaire et de veiller à faire modifier, en conséquence, ses polices d'assurance » et d'en avoir déduit « qu'en l'espèce, l'agent (général d'assurance) n'était pas tenu à un devoir de renseignement et de conseil particulier sur ce point » (Cass. 1^{re} civ., 28 oct. 1991, n° 90-15.029, RGAT 1992, p. 182, note Langé D.). En tout état de cause, la connaissance, par l'assureur, de l'évolution du risque est le préalable indispensable à toute velléité, de la part de l'assuré, de mettre en cause un quelconque manquement à cette obligation. En ce sens, si à l'occasion de la conclusion d'un avenant visant de nouvelles modalités d'activité de l'assuré, ce dernier ne dit pas qu'il envisage une augmentation de sa marge commerciale, il ne peut faire grief à son interlocuteur de ne pas lui avoir conseillé de modifier le plafond de la garantie du risque de pertes d'exploitation (Cass. 1^{re} civ., 1^{er} déc. 1998, n° 96-20.629, RGDA 1999, p. 335, note Kullmann J.).

CHAPITRE 1

La responsabilité du dirigeant social

SOMMAIRE

Bibliographie	2550	À l'initiative des associés pour l'indemnisation de leur propre préjudice	2570
Introduction	2551	À l'initiative des tiers	2571
SECTION 1		Tribunaux compétents	2572
Le dirigeant social et son cadre de responsabilité		La question du préjudice	2573
§ 1. Qu'est-ce qu'un dirigeant social ?		Le cas spécifique de l'action pénale et de l'action civile portée devant le juge pénal	2574
Définition	2552	§ 2. Dans le cadre de la société en difficulté	
Source des définitions	2553	Textes fondateurs	2575
Les catégories de dirigeants	2554	Les différents traitements des difficultés des entreprises	2576
§ 2. Nature de ses devoirs		Les évolutions récentes en matière de sanctions	2577
A. — Devoirs généraux		La responsabilité pour insuffisance d'actif	2578
Pendant l'exercice des fonctions	2555	Sanctions professionnelles et civiles	2579
Après la cessation des fonctions	2556	La banqueroute	2580
B. — Devoirs spécifiques		SECTION 3	
À la constitution de la société	2557	Moyens de protection du dirigeant social	
Infractions aux dispositions législatives ou réglementaires	2558	§ 1. Prescription	
La responsabilité disciplinaire devant les Autorités Administratives Indépendantes (AAI)	2559	Un premier rempart	2581
La lutte contre la corruption et l'exposition à des réglemations étrangères	2560	Prescriptions du Code de commerce	2582
La responsabilité en matière de données personnelles	2561	Prescription de l'action publique	2583
La responsabilité en matière fiscale	2562	Autres prescriptions	2584
Violation des statuts	2563	§ 2. La délégation de pouvoirs	
Faute de gestion	2564	Une protection partielle	2585
Typologie des fautes de gestion	2565	§ 3. Les clauses limitatives de responsabilité	
SECTION 2		Une quasi absence d'effet	2586
La mise en œuvre de l'action en responsabilité contre le dirigeant social		§ 4. Défenses au fond	
Conditions de mise en œuvre	2566	Principes de base	2587
§ 1. Dans le cadre de la société « in bonis »		§ 5. La comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité (CPRC)	
Rappel du cadre	2567	Une limitation éventuelle des conséquences de la faute	2588
À l'initiative de la société (action ut universi)	2568	§ 6. La souscription d'un contrat d'assurance	
À l'initiative des associés pour le compte de la société (action ut singuli)	2569	Une protection essentielle	2589

2550 Bibliographie

- BÉGUIER J., La responsabilité fiscale des dirigeants : une année d'arrêts de la cour d'appel de Paris, *Gaz. Pal.* 5-6 août 2011, p. 17 ;
- BONNARD J., *Droit des sociétés*, Hachette Sup, 9^e éd., 2012/2013 ;
- BONNARD J., *Droit des entreprises en difficulté*, Hachette Sup, 5^e éd., 2012 ;
- GIBIRILA D. et FEUGÈRE W., *Maîtrise des risques du dirigeant*, éd. Francis Lefebvre, 2009 ;
- GUYON Y., *Droit des affaires*, *Economica*, t. 1 et 2, 2003 ;
- JEANTIN M., GRANIER T. et LE CANNU P., *Droit commercial, Instruments de paiement et de crédit ; Titrisation*, Dalloz, 7^e éd., 2005 ;
- JEANTIN M. et LE CANNU P., *Droit commercial – Entreprises en difficulté*, Dalloz, 7^e éd., 2006 ;
- Le Lamy Droit de la responsabilité ;
- Le Lamy sociétés commerciales ;
- LEGAIS D., *Droit commercial et des affaires*, Sirey, 20^e éd., 2012 ;
- LE TOURNEAU Ph., *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz, 9^e éd., 2012 ;
- MERLE Ph., *Droit commercial : sociétés commerciales*, Dalloz, 16^e éd., 2013 ;
- VIDAL D., *Droit des sociétés*, LGDJ, 7^e éd., 2010.

2551 Introduction

Les dirigeants sociaux sont au centre de la vie des affaires et disposent de larges pouvoirs pour diriger l'entreprise et développer au mieux son activité économique. Mais l'exercice est délicat au regard des différents intérêts à respecter et parfois à concilier (l'intérêt social, l'intérêt des associés ou actionnaires, l'intérêt des salariés). Depuis plusieurs années, chacun peut constater l'augmentation de la fréquence de la mise en cause de la responsabilité du dirigeant et en conséquence, l'exposition croissante de son patrimoine.

SECTION 1

Le dirigeant social et son cadre de responsabilité

§ 1. Qu'est-ce qu'un dirigeant social ?

2552 Définition

La notion de *dirigeant social* peut être approchée de différentes manières et aucune définition unique ne peut être retenue.

Elle peut être appréhendée dans son aspect fonctionnel : toute personne qui dispose des pouvoirs de diriger et gérer l'entreprise.

Elle peut aussi s'approcher de manière plus juridique : toute personne qui est investie des pouvoirs de représentation légale de la société qui donc détient le pouvoir de représenter et d'engager celle-ci à l'égard des tiers.

2553 Source des définitions

Il convient de rappeler que dans l'exercice de leurs fonctions, les dirigeants sociaux ne sont pas liés à la société par un lien de subordination (sauf en cas de cumul de fonctions avec un contrat de travail).

Les fonctions de gestion, d'administration et de direction sont confiées à un organe de gestion. L'exercice des fonctions des organes de gestion est communément désigné par l'expression de "*mandat social*".

Le terme de *mandat social* signifie que les organes exercent une mission pour le compte de la société au nom de laquelle ils sont habilités à agir par les associés ou actionnaires qui les nomment.

Il a pu être considéré que la nature juridique du lien entre la société et le dirigeant relevait de cette notion de *mandat*, ce qui est apparu trop restrictif. En effet, le dirigeant social tient ses fonctions de la désignation faite par la collectivité des associés mais à l'égard des tiers, il tient ses pouvoirs de la loi et des statuts. Il y a donc plusieurs sources possibles aux différentes définitions.

2554 Les catégories de dirigeants

L'étude de la mise en jeu de la responsabilité des dirigeants implique que soient examinées les diverses catégories de dirigeants pouvant être concernés.

Il est nécessaire de faire une place à part aux fondateurs avant d'étudier les différents dirigeants en fonction des différents types de sociétés. Il convient de rappeler que les dirigeants sont désignés par la collectivité des associés :

- soit lors de la constitution de la société ;
- soit lors d'assemblées générales réunies selon une périodicité fixée par les statuts.

a) Les fondateurs

Ils participent à la création de la société, la dotent de moyens nécessaires à son fonctionnement en réunissant associés et capitaux. Souscrivant des engagements au nom et pour le compte de la société en formation, accomplissant les formalités de constitution, ils peuvent engager leur responsabilité à cette occasion.

b) Les organes de gestion et les représentants légaux

Comme rappelé dans la définition du dirigeant social, celui-ci assume deux fonctions : la gestion, la direction de la société d'une part, la représentation, d'autre part.

Trois grands types d'organes sociaux gèrent, administrent et dirigent les sociétés commerciales. Pour les sociétés de personnes, les sociétés à responsabilité limitée et les sociétés en commandite simple ou par actions, il s'agit d'un gérant. Pour les sociétés anonymes de type classique, il s'agit d'un conseil d'administration, la direction générale étant assurée par le président du conseil d'administration ou par le directeur général. Dans celles de type dualiste (sociétés anonymes à directoire et conseil de surveillance), il s'agit du directoire.

Les représentants légaux engagent la société vis-à-vis des tiers. Les gérants représentent les sociétés de personnes, les sociétés à responsabilité limitée et les sociétés en commandite simple ou par actions. Le président du conseil d'administration, le directeur général, ou le directeur général délégué dans les sociétés anonymes classiques. Le président du directoire, le directeur général ou le directeur général unique dans les sociétés anonymes dualistes. Le président dans les sociétés par actions simplifiées. Le liquidateur lorsque la société est dissoute et pendant le cours de la liquidation.

Pour engager la société vis-à-vis des tiers, ces représentants légaux doivent agir dans l'exercice de leurs fonctions.

Une brève revue de la situation juridique des principales catégories de dirigeants permet de mieux appréhender l'approche de leur responsabilité.

1. Gérant dans les sociétés en nom collectif, les sociétés en commandite simple ou par actions et les sociétés à responsabilité limitée

La loi laisse une grande liberté aux associés quant à la nomination des gérants :

- le gérant peut être désigné soit dans les statuts, soit par acte ultérieur ;
- il est possible de désigner un ou plusieurs gérants ;
- le gérant peut être associé ou non ;
- le gérant peut être une personne morale, sauf pour la SARL ;
- aucune limite d'âge n'est prévue ;
- le gérant peut être de nationalité étrangère (carte de séjour obligatoire).

Dans le silence des statuts, tous les associés sont cogérants.

Lorsque le gérant est associé, il doit avoir la capacité de pratiquer des actes de commerce. En revanche, le gérant non associé peut être choisi parmi toutes les personnes civilement capables puisque ce gérant n'est pas commerçant.

Le cumul des fonctions de gérant avec un contrat de travail est possible hormis lorsque le gérant est associé. Aucun texte n'interdisant le cumul de gérance, une même personne peut en principe cumuler plusieurs gérances.

Les associés déterminent librement les pouvoirs des gérants dans les statuts. Ils peuvent ainsi limiter leurs pouvoirs en soumettant à l'autorisation préalable des associés la passation d'un acte, sous peine de sanction. En l'absence de clause dans les statuts, le gérant peut accomplir tous actes de gestion dans l'intérêt de la société (il doit être relevé que l'acte de gestion est plus large que l'acte d'administration et qu'il peut comprendre des actes de disposition dans la mesure où ceux-ci concernent l'exploitation de l'entreprise).

À titre d'illustration, le gérant peut être en droit d'exiger des associés l'exécution de leurs obligations à l'égard de la société (libération des apports, etc.), sous peine de saisir le tribunal pour les y contraindre.

Quelle que soit l'étendue des pouvoirs du gérant, ses fonctions doivent être conformes à l'intérêt social. En cas de pluralité de gérants, et si les statuts n'ont rien prévu, les pouvoirs des gérants peuvent être décrits ainsi qu'il suit :

- chaque gérant a le pouvoir de faire tous les actes de gestion dans l'intérêt de la société ;
- chaque gérant a le droit de s'opposer à toute opération projetée par un autre gérant avant qu'elle ne soit conclue ;
- chaque gérant a donc un droit de veto.

À l'égard des tiers, le gérant engage la société par les actes entrant dans l'objet social.

En ce qui concerne les SARL, la société est engagée même si les actes accomplis par le gérant n'entrent pas dans l'objet social, « à moins qu'elle ne prouve que le tiers savait que l'acte dépassait cet objet ou qu'il ne pouvait l'ignorer compte tenu des circonstances, étant exclu que la seule publication des statuts suffise à constituer cette preuve » (C. com., art. L. 223-18, al. 5).

Il faut également relever qu'en cas de pluralité de gérants, ceux-ci peuvent séparément engager la société. Même si un gérant s'oppose aux actes d'un autre gérant, cette opposition est sans effet à l'égard des tiers, à moins qu'il ne soit établi que le tiers avait connaissance du dépassement de l'objet social.

2. La gestion et la direction des sociétés anonymes de type classique sont réparties entre trois organes : le conseil d'administration, le président du conseil et le directeur général

1^o Le conseil d'administration

Le conseil d'administration est chargé de contrôler la gestion, de fixer les orientations stratégiques de la société et de veiller à la bonne marche de celle-ci ; il est composé :

- d'au moins 3 membres ;

- d'au plus 18 membres.

Dans le respect de ces limites, le nombre de membres est fixé par les statuts. Dans certaines hypothèses comme celui de la fusion, le nombre maximal d'administrateurs peut être supérieur (exemple : en cas de fusion, porté à 24 avec une condition de régularisation dans un délai de 3 ans). La loi n° 2008-776 de modernisation de l'économie du 4 août 2008 (JO 5 août) a supprimé l'obligation faite aux administrateurs de détenir des actions de leur société applicable depuis le 1^{er} janvier 2009. Cependant, le Medef (Mouvement des Entreprises de France) recommande aux administrateurs de sociétés cotées de détenir des actions dans leur société. En outre, les statuts peuvent également imposer la détention d'actions de la société.

Le mandat d'administrateur est incompatible avec certaines fonctions telles que celles de fonctionnaire, ou de membre du Parlement. De même, les commissaires aux comptes ne peuvent être nommés administrateur des sociétés qu'ils contrôlent, qu'au terme d'un délai de 5 ans après la cessation de leurs fonctions.

Une personne morale peut être nommée administrateur d'une société anonyme, un représentant permanent, personne physique, devra être désigné pour la représenter.

Concernant le cumul des fonctions d'administrateur avec un contrat de travail, un administrateur en fonction ne peut obtenir un emploi rémunéré dans sa société. En revanche, un salarié peut devenir sous certaines conditions, administrateur de sa société sans perdre le bénéfice de son contrat de travail. Enfin, le nombre d'administrateurs liés par un contrat de travail est limité au tiers des administrateurs.

La nomination des administrateurs :

- lors de la constitution de la société, les administrateurs sont soit nommés dans les statuts (société dont les titres ne sont pas offerts au public), soit font l'objet d'un vote spécial lors de l'assemblée constitutive (société dont les titres sont offerts au public) ;
- en cours de vie sociale, ils sont nommés par l'assemblée générale ordinaire ou par cooptation en cas de vacance d'un siège sous réserve de ratification par l'assemblée générale la plus proche.

La nomination des administrateurs doit être portée à la connaissance des tiers (formalités de publicité classiques).

Les administrateurs exercent leurs fonctions pour une durée de 3 ans (premiers administrateurs désignés dans les statuts), et pour les autres 6 ans. Sauf disposition statutaire contraire, les administrateurs sont rééligibles.

2^o Les pouvoirs du conseil d'administration

Il détermine les orientations de l'activité de la société et veille à leur mise en œuvre.

Il dispose de pouvoirs très étendus qui recouvrent en particulier les orientations stratégiques de la société.

Le conseil d'administration peut procéder à tous les contrôles qu'il juge opportuns. Il n'a de pouvoir que dans la limite de l'objet social, mais cette limitation n'a d'effet qu'à l'égard des actionnaires.

En dehors de ses attributions statutaires, le conseil d'administration tient de la loi les attributions suivantes :

- convocation des assemblées générales ;
- arrêté des comptes sociaux et du rapport annuel de gestion ;
- arrêté des documents de gestion prévisionnelle et des rapports correspondants ;
- autorisation des conventions passées entre la société et l'un de ses dirigeants disposant de plus de 10 % des droits de vote ou l'un de ses administrateurs ou son directeur général ou son directeur général délégué ;
- cooptation des administrateurs ;
- nomination et révocation du Président du conseil d'administration, du Directeur général et des Directeurs généraux délégués et la fixation de leur rémunération ;
- nomination des membres des comités d'audit, de rémunération, de sélection ;
- approbation du rapport du président sur le contrôle interne ;

- émission des obligations ;
- approbation de la résolution proposant la nomination des commissaires aux comptes titulaire et suppléant.

Le Président du conseil d'administration doit être obligatoirement une personne physique administrateur. Il a pour mission de veiller au bon fonctionnement des organes sociaux.

Il s'agit nécessairement d'une personne physique. Il est nommé par le conseil d'administration à la majorité (sauf disposition statutaire contraire).

Il n'a pas la qualité de commerçant mais peut cumuler son mandat avec un contrat de travail. Il exercera ses fonctions pour une durée d'au plus 6 ans et est rééligible.

Il organise et dirige les travaux du conseil d'administration, et en rend compte à l'assemblée générale. Il veille au bon fonctionnement des organes de la société (s'assure de la régularité des convocations, de la tenue des réunions, du bon exercice du droit de communication des actionnaires...). Il doit en particulier s'assurer que les administrateurs sont en mesure de remplir leurs missions et veiller à ce qu'ils disposent de toutes les informations nécessaires à l'accomplissement de leur mission.

Une même personne peut cumuler les fonctions de président du conseil d'administration et de directeur général.

Enfin, le directeur général, assisté éventuellement d'un ou plusieurs directeurs généraux délégués, est investi de tous les pouvoirs en ce qui concerne la gestion courante de la société et la représentation de celle-ci à l'égard des tiers.

C'est le conseil d'administration qui décide si les fonctions de Directeur général seront assurées par le Président ou une autre personne physique.

3. La gestion de la société par un directoire et un conseil de surveillance repose sur la distinction entre les fonctions de direction et le contrôle de cette direction

Les membres du directoire ne peuvent être plus de 5 (porté à 7 lorsque les actions de la société sont admises aux négociations sur un marché réglementé ; C. com., art. L. 225-58). Si le capital social est inférieur à 150 000 €, les fonctions du directoire peuvent n'être exercées que par une seule personne : le directeur général unique.

Les membres du directoire peuvent être actionnaires ou non. En tout état de cause, ils sont obligatoirement des personnes physiques. Un membre du directoire ne peut être en même temps membre du conseil de surveillance, ni même être commissaire aux comptes.

Contrairement à d'autres situations, un membre du directoire peut également être salarié de la société sans restriction. Toutefois, le Medef recommande aux membres du directoire de société dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé, de mettre fin au contrat de travail qui les lie à la société ou à tout le moins de le suspendre.

Seul le conseil de surveillance a le pouvoir de nommer les membres du directoire ou le directeur général unique. Il désigne également le président du directoire, et éventuellement les directeurs généraux délégués. La nomination des membres du directoire doit être portée à la connaissance des tiers par accomplissement des formalités de publicité classiques.

La durée des fonctions des membres du directoire est fixée par les statuts (entre deux et six ans). À défaut de disposition statutaire, la durée du mandat est de quatre ans.

Le directoire prend les décisions dans les conditions fixées par les statuts. À défaut de disposition statutaire, les décisions du directoire peuvent être prises à la majorité simple. En tout état de cause, les membres du directoire sont tenus à une obligation de discrétion.

Le directoire a les pouvoirs les plus étendus pour agir en toute circonstance au nom de la société dans les limites de l'objet social.

La révocation des membres du directoire relève de l'assemblée générale sauf dispositions statutaires conférant ce pouvoir au conseil de surveillance.

Parmi ses attributions :

- gestion opérationnelle de la société ;
- convocation des assemblées générales ;
- sur délégation de l'assemblée générale extraordinaire, décision d'augmenter ou de réduire le capital social ;
- sur délégation de l'assemblée générale extraordinaire, attribution d'options de souscription ou d'achat d'actions au personnel de la société, ou attribution gratuite d'actions ;
- modification du capital.

Le président du directoire a les mêmes pouvoirs que le président du conseil d'administration d'une société anonyme de type classique s'il cumule cette qualité avec la fonction de directeur général. En principe, les membres du directoire doivent agir collégialement. Cependant, ils peuvent, avec l'autorisation du conseil de surveillance, se répartir les tâches de direction (sauf clause contraire dans les statuts). En dépit de la répartition des tâches, les actes individuels des membres du directoire sont réputés pris collégialement et engagent donc le directoire tout entier.

Le président du directoire et les directeurs généraux sont habilités à représenter la société dans ses rapports avec les tiers.

Le directoire a des obligations à l'égard :

- du conseil de surveillance : auquel il rend un rapport trimestriel sur la marche de la société, l'établissement des comptes sociaux ainsi que des rapports de gestion dans les trois mois à compter de la clôture de l'exercice ;
- des actionnaires : il est tenu de dresser chaque année l'inventaire et les comptes annuels de l'exercice écoulé, d'établir les différents rapports à l'occasion de l'approbation des comptes et des augmentations de capital, et de mettre à leur disposition les documents nécessaires à leur information.

À titre de rappel, le conseil de surveillance n'a pas de fonction exécutive mais des pouvoirs de contrôle permanent. Il peut ainsi procéder à toutes vérifications et contrôles qu'il juge opportuns. Cependant, le contrôle ne doit pas entraîner une immixtion dans la gestion du directoire. De même que ce contrôle ne s'étend pas aux filiales de la société. Cependant, certaines décisions relèvent du seul conseil de surveillance : cessions d'immeubles, de titres de participation, cautions, avals et garanties, conventions réglementées...

4. Président, directeur général et directeur général délégué des sociétés par actions simplifiées (SAS)

Les statuts déterminent librement les organes de gestion et leurs règles de fonctionnement, sous réserve de prévoir la désignation d'un président.

Les statuts peuvent prévoir soit un dirigeant unique, qui sera le cas échéant le président, soit un organe collégial (appelé en pratique comité de direction ou conseil d'administration) et composé d'un président et de plusieurs dirigeants. La composition et le fonctionnement doivent être précisément déterminés par les statuts. Les statuts doivent également préciser les conditions dans lesquelles sont prises les décisions de l'organe collégial.

Sauf disposition statutaire contraire, les dirigeants peuvent être des personnes morales. Il n'est pas possible d'attribuer la qualité de président à plusieurs dirigeants de la SAS. Il ne peut donc y avoir de coprésidence. Mais, en pratique, et afin de contourner cette interdiction, la fonction de président peut être confiée à une SARL à deux gérants. De même, sauf si les statuts interdisent, le président et les dirigeants peuvent cumuler leurs fonctions avec un contrat de travail. Le président représente la société à l'égard des tiers (C. com., art. L. 227-6). Il s'agit là d'une règle impérative. Le président est investi des pouvoirs les plus étendus pour agir en toute circonstance au nom de la société. Seul l'objet social limite ses pouvoirs. Cependant, dans les rapports entre associés, les statuts peuvent limiter ces pouvoirs (ex. subordonner à la consultation ou à l'autorisation préalable des associés une opération déterminée). De telles limitations sont en revanche inopposables aux tiers. Si les statuts prévoient un ou plusieurs directeurs généraux et/ou directeurs

généraux délégués, ils peuvent également conférer à ces derniers le même pouvoir de représentation de la société à l'égard des tiers que celui attribué par la loi au président.

c) Les dirigeants de fait

Depuis plusieurs années, la jurisprudence française retient la notion de *dirigeant de fait*, jugé responsable de ses agissements au même titre que le dirigeant de droit.

La notion jurisprudentielle dégagée est celle d'une personne qui exerce en fait et s'immisce dans la gestion, l'administration ou la direction de la société sous le couvert ou au lieu et place du dirigeant de droit et alors qu'elle n'est investie d'aucun mandat social.

Ce sont des personnes qui, sans avoir été régulièrement nommées, avec l'assentiment ou le laisser faire des dirigeants de droit, conduisent les affaires sociales, et également celles dont la nomination est entachée d'irrégularités.

La jurisprudence qualifie de dirigeant de fait, « toute personne physique ou morale qui, assumant les mêmes fonctions et les mêmes pouvoirs qu'un dirigeant de droit, exerce en fait, en toute souveraineté et en toute indépendance, une activité positive de gestion et de direction » (CA Paris, 17 mars 1978, Banque 1978, p. 656, D. 1978, IR, p. 420) ; v. également Cass. com., 12 juill. 2005, n° 03-14.045, Bull. civ. IV, n° 174, D. 2005, AJ, p. 2071, obs. Lienhard A., Rev. sociétés 2006, p. 162, note Lucas F.-X.).

Trois conditions cumulatives doivent être remplies pour qu'une personne physique ou morale puisse être qualifiée de dirigeant de fait :

- avoir agi en toute indépendance, hors de tout lien de subordination par rapport aux dirigeants de droit ;
- avoir effectué des actes positifs ;
- que ces actes soient des actes de direction, de gestion ou d'administration.

Les juges ont une appréciation *in concreto* à partir d'un faisceau d'indices pertinents, précis et concordants, démontrant l'ingérence dans la gestion ou la prise du pouvoir de direction. De manière générale, la jurisprudence a qualifié de dirigeant de fait d'une société un associé majoritaire, un banquier, un concédant, un franchiseur, dès lors que ces personnes effectuent des actes positifs de gestion engageant la société.

La responsabilité des dirigeants de fait est engagée dans les mêmes conditions que celle des dirigeants de droit.

Ont ainsi été qualifiés de dirigeants de fait par la jurisprudence :

- des investisseurs qui, dépassant leur rôle de conseil, ont placé le conseil d'administration dans un état de dépendance en soumettant les décisions de ce conseil aux résultats de leurs recherches et de leurs avis (Cass. com., 6 févr. 2001, n° 98-15.129, Bull. civ. IV, n° 33, Rev. Lamy dr. aff. 2001, n° 39, n° 2479) ;
- le gérant d'une société mère étrangère qui s'est immiscé dans la gestion de sa filiale (Cass. com., 31 janv. 1978, n° 76-13.968, Bull. civ. IV, n° 44) ;
- le père du dirigeant d'une entreprise individuelle, à l'origine de la création de ladite société, procédant au recrutement des salariés, assurant la direction technique de l'entreprise, a été jugé être le gérant de fait alors même que cette dernière n'avait pas la personnalité morale (Cass. crim., 19 nov. 2008 n° 08-81.194, Bull. crim., n° 237) ;
- la société mère privant de toute autonomie décisionnelle sa filiale est jugée être le dirigeant de fait de cette filiale (Cass. com., 2 nov. 2005, n° 02-15.895) ;
- la Cour de cassation retient la qualification de dirigeant de fait, sur le fondement de l'article L. 651-2 du Code de commerce, à l'égard de la personne morale qui, sans être dirigeant de droit de la société en redressement ou liquidation judiciaire, a exercé en fait, par l'intermédiaire d'une personne physique qu'elle a choisie et qui a agi sous son emprise, des pouvoirs de direction sur la société (Cass. com., 27 juin 2006, n° 04-15.831, Bull. civ. IV, n° 151) ;

- l'avocat qui ne s'est pas limité à ses rôles d'associé majoritaire, de rédacteur d'actes et de conseil mais a eu un rôle décisionnel de premier plan dans la gestion de la société et qui a, de ce fait, exercé en toute indépendance, une activité positive de gestion et de direction de la société (Cass. com., 15 févr. 2011, n° 10-11.781, Bull. Joly Sociétés, 2011, p. 583, note Saintourens B.).

La qualité de dirigeant de fait peut donc être retenue dès lors qu'il existe des faits précis de nature à caractériser une immixtion dans la gestion se traduisant par une activité positive et indépendante (Cass. com., 18 janv. 2000, n° 97-19.010 ; Cass. com., 12 juin 2001, n° 98-15.362). En revanche, le directeur commercial d'une société ne peut être qualifié de dirigeant de fait en l'absence de caractérisation d'accomplissement, en toute indépendance, d'actes positifs de gestion et de direction excédant ses fonctions de directeur commercial (Cass. com., 24 janv. 2018, n° 16-23.649).

Par arrêt du 7 octobre 2014 (Cass. com., 7 oct. 2014, n° 13-18.871), la Cour de cassation confirme l'existence d'une responsabilité administrative de la personne agissant, de fait, comme le dirigeant de la société, en application des dispositions de l'article 221-1 du règlement général de l'Autorité des marchés financiers. Il s'agissait, en l'espèce, du président du conseil de surveillance d'une société (qui n'a donc pas un statut de dirigeant en cette qualité mais qui s'est impliqué en tant que partie prenante dans la gestion de la société), auquel il était fait grief d'avoir communiqué au public des informations inexactes, imprécises et trompeuses.

d) Le dirigeant personne morale

Hormis quelques exceptions précitées, le dirigeant social peut être une personne morale.

Dans cette hypothèse, il existe une obligation d'avoir un représentant permanent personne physique :

- en matière de responsabilité, le représentant personne physique est soumis aux mêmes conditions et obligations et encourt les mêmes responsabilités civile et pénale que s'il était dirigeant en son nom propre (C. com., art. L. 225-76 pour la SA) ;
- en outre, le représentant permanent engage sa responsabilité à l'égard de la société qu'il représente en sa qualité de mandataire.

e) Organismes à but non lucratif

Ils doivent être mentionnés car susceptibles d'avoir des dirigeants qui engagent leur responsabilité et notamment dans le cadre de l'association.

Elle est définie par la loi du 1^{er} juillet 1901 en son article 1^{er} comme « une convention par laquelle deux ou plusieurs personnes mettent en commun d'une façon permanente leurs connaissances ou leur activité dans un but autre que de partager des bénéfices ». Rien ne s'oppose à ce qu'une association réalise des bénéfices, seule leur répartition entre les membres est prohibée.

Les membres de l'association délèguent en général à un organisme collégial, le « conseil d'administration », les décisions de gestion, celui-ci désignant en son sein un bureau composé d'un président, d'un ou plusieurs vice-présidents, d'un trésorier, d'un secrétaire.

Les administrateurs sont mandataires sociaux, responsables à ce titre à l'égard de l'association.

Là encore, la notion de *dirigeant de fait* peut être retenue par la jurisprudence. La Cour de cassation, dans le cadre d'une procédure de contribution à une insuffisance d'actif, a retenu qu'était dirigeant de fait d'une association sportive une commune en mesure d'imposer ses choix financiers par l'intermédiaire de ses représentants au comité directeur, même minoritaires, exerçant un contrôle sur la gestion et les décisions de l'association (Cass. com., 15 juin 2011, n° 09-14.578, Gaz. Pal. 7 et 8 oct. 2011, p. 41, note Montéran Th.).

§ 2. Nature de ses devoirs

A. — Devoirs généraux

2555 Pendant l'exercice des fonctions

Toute personne peut être dirigeant social. Il existe en France une forme de présomption de compétence des dirigeants de société. Il faut cependant relever que pour certaines professions réglementées (à titre d'illustration la banque, l'intermédiation d'assurance), les dirigeants doivent présenter des compétences, qualifications et expériences spécifiques.

Les associés doivent s'assurer des compétences de leurs dirigeants sociaux et ces derniers ont des devoirs à l'égard de la société.

Tout d'abord, le dirigeant est titulaire d'une obligation de non-concurrence pendant toute la durée de son mandat. Cette obligation, qui pèse sur lui de plein droit sans qu'il soit besoin de prévoir une clause de non concurrence, correspond plus largement à une obligation de fidélité. La Cour de cassation a récemment rappelé que, sauf stipulation contraire, l'associé d'une société à responsabilité limitée, n'est en cette qualité, tenu ni de s'abstenir d'exercer une activité concurrente de celle de la société, ni d'informer celle-ci d'une telle activité et doit seulement s'abstenir d'actes de concurrence déloyaux. En revanche, elle réaffirme que les actes de concurrence du gérant constituent des manquements à son obligation de loyauté et de fidélité dont il est redevable envers la société (Cass. com., 15 nov. 2011, n° 10-15.049, Bull. civ. IV, n° 188, Bull. Joly Sociétés, 2012, p. 112, note Le Nabasque H., JCP E 2011, n° 1893, note Couret A. et Dondero B., Gaz. Pal., 11 févr. 2012, n° 42, p. 19, note Saintourrens B.).

Outre cette obligation de fidélité, est due par le dirigeant une véritable obligation de loyauté aussi bien à l'égard de la société qu'à l'égard des associés (v. Le Lamy Sociétés commerciales ; Cass. com., 24 févr. 1998, n° 96-12.638, Bull. civ. IV, n° 86, Bull. Joly Sociétés 1998, p. 813, note Petit B., JCP G 1998, IV, n° 1864). À titre d'illustration, le dirigeant social qui laisse ses associés dans l'ignorance de l'opération d'acquisition pour son compte personnel d'un immeuble, alors que ces derniers entendaient l'acquiescer ensemble pour y exercer leur activité, manque à son devoir de loyauté envers eux (Cass. com., 18 déc. 2012, n° 11-24.305, Bull. civ. IV, n° 233).

On peut voir là une influence de l'un des concepts majeurs du droit des sociétés des pays de Common Law : celui des *fiduciary duties*, composés d'un devoir de diligence (*duty of care*) et d'un devoir de loyauté *stricto sensu* (*duty of loyalty*).

L'obligation de loyauté découle de l'obligation d'exécuter le contrat de société de bonne foi.

D'après la définition proposée par le Professeur Le Nabasque, le devoir de loyauté serait « l'obligation, pour les dirigeants de société, de ne pas utiliser leurs pouvoirs ou les informations dont ils sont titulaires dans un intérêt strictement personnel et, préjudice oblige, contrairement à l'intérêt de la société ou à celui des associés » (Le développement du devoir de loyauté en droit des sociétés, Le Nabasque H., RTD com., 1999, p. 273).

En conséquence de ce devoir de loyauté, deux obligations pèsent sur le dirigeant :

- le devoir d'informer son partenaire ;
- l'obligation de ne pas abuser de son statut, de ses prérogatives et de son pouvoir lorsqu'ils ont généré la confiance de l'autre partenaire.

Le devoir de loyauté des dirigeants a trouvé écho en jurisprudence dans le cadre des cessions de droits sociaux. La Cour de cassation a, plusieurs fois, statué sur cette question faisant ainsi évoluer le devoir de loyauté.

Traditionnellement, le devoir de loyauté dans le cadre de cession de droits sociaux consistait à imposer au dirigeant un

certain nombre de révélations susceptibles de peser sur le consentement des associés en phase de négociation sur leurs droits sociaux.

Un dirigeant social s'est ainsi vu reprocher de n'avoir pas informé une actionnaire, qui lui avait confié son souhait de céder ses titres, qu'il connaissait une personne intéressée par une telle acquisition, et de s'être dès lors interposé en acquérant lui-même ces titres avant de les revendre avec une forte plus-value à cette personne. (v. Le Lamy sociétés commerciales ; Cass. com., 27 févr. 1996, n° 94-11.241, Bull. civ. IV, n° 65).

Le dirigeant doit informer les associés de l'existence de négociations parallèles menées par le dirigeant avec un tiers pour revendre à meilleur prix les actions objet de la cession (Cass. com., 12 mai 2004, n° 00-15.618, Bull. civ. IV, n° 94).

Par un arrêt du 6 mai 2008 (Cass. com., 6 mai 2008, n° 07-13.198), la Chambre commerciale de la Cour de cassation a censuré la cour d'appel qui n'avait pas recherché « comme il lui était demandé, si M. X, dirigeant de la société HPA, n'avait pas manqué à son obligation de loyauté à laquelle il était, en cette qualité, tenu à l'égard des associés cédants s'abstenant d'attirer leur attention sur l'existence, dans le patrimoine de cette société de bénéfices distribuables d'un montant supérieur à celui stipulé ». Pour la doctrine, cet arrêt constitue une avancée dans la définition du devoir de loyauté du dirigeant. En effet, il ne s'agit plus seulement d'une obligation d'information (en l'espèce, le dirigeant avait pris la précaution de délivrer aux associés tous les documents comptables pour ne pas se voir reprocher une quelconque rétention d'information), mais désormais d'une obligation "*d'attirer l'attention*" des cédants sur l'importance d'une information déterminée quant à l'évaluation de leurs droits sociaux. Certains l'interprètent comme un devoir de conseil ou du moins de coopération les obligeant à éclairer les associés de certaines informations portées à leur connaissance. En outre, il ressort de cet arrêt que ce devoir de « coopération » découlerait de la fonction même de dirigeant de société.

Une jurisprudence récente, bien que non publiée aux arrêts de la Cour de cassation, retient l'existence de ce devoir de loyauté, non seulement à l'égard de la société mais également de ses associés (Cass. com., 5 juill. 2016, n° 14-23.904). Le Directeur Général de la société *Europcar*, dont l'actionnaire principal est *Eurazeo*, était lié par un contrat de mandat conclu le 31 mars 2010 fixant une indemnité de révocation, mais précisant que celle-ci ne serait pas due en cas de révocation pour faute grave. Ce contrat de mandat stipulait que le dirigeant devait faire tout son possible afin de promouvoir et développer l'activité de la société en exerçant ses fonctions avec discernement, attention et loyauté et en veillant à servir les intérêts de la société et du groupe *Europcar*.

En 2012, la société révoquait son directeur général car elle lui reprochait :

- d'avoir, lors de réunions avec des cadres du groupe, tenu des propos exprimant des doutes profonds sur les perspectives du groupe et sur la viabilité de son modèle économique ;
- de tenter de créer un antagonisme entre la société et son actionnaire majoritaire en communiquant directement avec des investisseurs potentiels et en dissimulant des informations, mettant potentiellement en péril le plan de refinancement de la société.

Le dirigeant révoqué a alors assigné la société en paiement de son indemnité de révocation mais il a été débouté de sa demande en appel par la cour d'appel de Versailles qui a considéré que les actes reprochés constituaient des actes déloyaux contraires à l'intérêt de la société et de l'actionnaire ainsi qu'aux stipulations de la convention de mandat. La Cour de cassation rejette le pourvoi inscrit par le dirigeant considérant que la cour d'appel a pu légitimement déduire que le comportement du dirigeant rendait impossible son maintien dans les fonctions de directeur général et constituait une faute grave.

Dans la lignée de ce devoir de loyauté, doit être relevée dans les pays de *Common Law*, l'interdiction faite aux dirigeants de saisir les opportunités d'affaires de la société. Ainsi que le souligne Marco Corradi dans son article sur le sujet (Corradi M., Les opportunités d'affaires saisies par les administrateurs de la société en violation du devoir de loyauté, Bull. Joly Sociétés 2011, p. 157), les normes sur les opportunités d'affaires ont été introduites dans la législation de certains pays de *Civil Law* comme l'Italie (*Codice Civile Italiano Decreto Legislativo*, 17 janv. 2003, art. 2391) ou l'Espagne (*Ley de sociedades de capital espagnole Real Decreto Legislativo*, 2 juin 2010, n° 1, art. 228) et pourraient être abordées en France sous l'angle du devoir de loyauté des dirigeants.

De manière générale et comme dans les pays anglo-saxons, les dirigeants ont un devoir d'attention, ils doivent agir de façon prudente et raisonnée, être de bonne foi et travailler au mieux des intérêts de la société en s'abstenant d'agir dans leurs intérêts propres et doivent bien évidemment respecter les statuts et les réglementations en vigueur.

Les principes du gouvernement d'entreprise, empruntés au concept anglo-saxon de *corporate governance* ont été introduits en droit français à la suite, notamment, du rapport Viénot de 1998. Ils visent à temporiser les pouvoirs des dirigeants et à s'assurer de la responsabilité et la loyauté de ceux-ci vis-à-vis de la société et de ses actionnaires en établissant une surveillance effective par le conseil d'administration de la gestion menée.

Afin que les actionnaires soient en mesure d'exercer un tel contrôle sur l'organe de direction, les principes du gouvernement d'entreprises proposent d'améliorer la transparence et la diffusion des informations au sein de la société et de donner plus de poids aux administrateurs dans les décisions collectives par l'instauration de comités.

Les missions qui sont confiées à ces comités ont un caractère consultatif et sont destinées à recueillir un avis.

Le développement de ce type d'organisation, notamment dans les grands groupes, permet de procéder à l'analyse de différentes situations susceptibles d'être rencontrées dans le cadre des activités habituelles ou pour des cas spécifiques et d'identifier les solutions appropriées ou la nécessité de mettre en œuvre les changements utiles. Le rôle dévolu à ces comités peut concerner des domaines variés, qu'il s'agisse par exemple d'audit, de rémunération, d'organisation ou de technologie. Leurs conclusions doivent pouvoir servir de support aux décisions prises par les organes délibérants représentant les actionnaires, auxquels ils ne peuvent pas se substituer.

Certaines sociétés cotées ont également adopté la mesure préconisée par le rapport Viénot consistant à exiger la présence d'administrateurs indépendants au sein du conseil d'administration. Leurs voix permettent alors de contrebalancer le pouvoir des administrateurs majoritaires lors des décisions collectives.

Ces administrateurs sont dits *indépendants* car ils ne doivent être ni salarié, ni président ou directeur général de la société ou d'une société de son groupe et ne l'être plus depuis une période suffisante qui est d'au moins trois ans, n'être pas un actionnaire important de la société ou d'une société de son groupe, ni être lié de quelque manière que ce soit à un partenaire significatif et habituel, commercial ou financier, de la société ou des sociétés de son groupe.

2556 Après la cessation des fonctions

Si tout dirigeant est libre de démissionner de ses fonctions, sa responsabilité peut néanmoins être recherchée dès lors que cette démission intervient dans des circonstances particulières, lui conférant un caractère abusif et causant à la société un préjudice : publication des motifs de la démission, mise en difficulté de la société par une démission trop hâtive (Cass. soc., 1^{er} févr. 2011, n° 10-20.953, Bull. civ. V, n° 43, Bull. Joly Sociétés 2011, p. 375, note Dondero B.).

De plus, après la cessation de leurs fonctions, les anciens dirigeants peuvent, dans le respect des délais de prescription

applicables, être poursuivis pour des fautes qu'ils auraient commises pendant l'exercice de leurs fonctions, et qui viendraient à être découvertes postérieurement à leur départ.

Se maintiennent les obligations de loyauté et dans un certain cadre jurisprudentiel, l'obligation de non-concurrence.

Ces obligations peuvent permettre d'engager la responsabilité de l'ancien dirigeant sur la base de l'article 1240 du Code civil aux termes duquel toute faute qui cause à autrui un dommage oblige son auteur à le réparer. Ce principe a été rappelé s'agissant de l'ancien gérant d'une SARL qui avait laissé à la charge de la société dont il était gérant, les échéances d'un contrat de crédit-bail transféré à une société qu'il avait par ailleurs créée et dont la faute personnelle est appréciée selon le droit commun de la responsabilité sur le fondement de l'article 1240 du Code civil (Cass. com., 23 nov. 2010, n° 09-17.094).

En effet, l'ancien dirigeant ne doit pas se livrer à des actes de concurrence déloyale. Ainsi, s'il n'est pas interdit à l'ancien dirigeant de s'établir dans une activité similaire à la société (Cass. com., 30 juin 1992, n° 90-18.662), il devra s'abstenir de tout acte de débauchage systématique des salariés, de dénigrement ou d'entretien délibéré de la confusion dans l'esprit de la clientèle (Cass. com., 16 févr. 1976, n° 74-14.546, Bull. civ. IV, n° 49).

Le dirigeant ne pourra créer la nouvelle société qu'après avoir cessé ses précédentes fonctions de dirigeant (Cass. com., 7 juin 1994, n° 92-13.935, Rev. sociétés 1995, p. 275, note Vatinet R.).

Comme souligné dans le *Lamy sociétés commerciales* (Le Lamy sociétés commerciales, *Statuts et pouvoirs des dirigeants*, n° 703), rien n'empêche le dirigeant, pendant la période de préavis qui entourerait sa démission, de préparer une future activité concurrente de celle de la société qu'il dirige encore, par exemple en procédant aux formalités de constitution d'une société. Mais, il engagerait sa responsabilité si la société nouvelle commençait son exploitation avant l'expiration du préavis. La Cour de cassation l'a rappelé, en approuvant une cour d'appel d'avoir considéré que le dirigeant avait alors « manqué à son obligation de loyauté et de fidélité à l'égard des sociétés dont il était le gérant » (Cass. com., 12 févr. 2002, n° 00-11.602, Bull. civ. IV, n° 32, JCP E 2002, n° 1603, p. 1776, note Monnet J., Dr. & patr. 2002, n° 104, p. 94, obs. Poracchia D., Dr. sociétés août-sept. 2002, comm. 146, obs. Bonneau Th., Bull. Joly Sociétés 2002, p. 617, note Saintourens B.).

Dans cet arrêt, la Cour de cassation a fait grief à l'ancien gérant d'avoir fait figurer, sur des documents publicitaires présentant la nouvelle société, son nom patronymique alors que ce nom constituait l'un des éléments de la dénomination sociale de la précédente société qu'il dirigeait. Ce choix créait une confusion entre les deux sociétés étant mentionné dans la décision que le dirigeant n'exploitait pas la nouvelle activité en son nom personnel, « ce qui faisait ressortir le caractère non nécessaire de l'utilisation de son nom ».

B. — Devoirs spécifiques

2557 À la constitution de la société

Dans la mesure où la société n'aura pu être constituée du fait d'un manquement d'un des fondateurs ou de ses potentiels dirigeants, ces derniers seront solidairement et indéfiniment responsables. La seule manière pour les dirigeants de s'exonérer de leur responsabilité, est que la société, une fois constituée, les libère de leurs obligations et supporte les actions exercées à leur encontre.

La constitution de la société est précédée généralement de pourparlers préliminaires portant sur les grandes lignes de la société à constituer mais sans que les parties s'engagent pour autant à conclure le contrat de société. Il peut à ce stade y avoir responsabilité délictuelle pour faute dans la rupture abusive de pourparlers.

En revanche, si les éléments constitutifs du contrat de société sont objectivement, à ce stade, réunis (apports, participation

SOUS-TITRE 2 Spécificités des principaux contrats d'assurance collective

CHAPITRE 4

Le Plan d'épargne retraite (PER) assurantiel

SOMMAIRE

Introduction	4511	Gouvernance des associations souscriptrices de PER individuels	4528
Dispositif légal	4512	Obligation d'information et de conseil à l'occasion des étapes significatives de la vie du produit (C. mon. fin., art. L. 224-29)	4529
Entrée en vigueur et mesures transitoires	4513		
Définition et objet du plan d'épargne retraite	4514		
SECTION 1		SECTION 4	
Aspects du PER assurantiel		Règles spécifiques aux PER d'entreprise	
Caractéristiques du PER assurantiel	4515	Deux formes juridiques	4530
SECTION 2		Règles communes aux PER d'entreprise	4531
Règles de fonctionnement communes aux PER assurantiels		Mise en place d'un PER collectif	4532
Origine des versements	4516	Mise en place d'un PER obligatoire	4533
Gestion financière	4517	Origine des versements sur un PER collectif	4534
Rétrocessions de commissions	4518	Origine des versements sur un PER obligatoire	4535
Prestations du plan	4519	Gouvernance du PER collectif (C. mon. fin., art. L. 224-21 et L. 224-22)	4536
Transférabilité	4520	Gouvernance du PER obligatoire (C. mon. fin., art. L. 224-26)	4537
Information	4521	SECTION 5	
Comptabilité auxiliaire d'affectation	4522	Régime fiscal applicable aux PER	
Conditions tarifaires	4523	Présentation du régime	4538
Garanties des ayants droit du PER	4524	SECTION 6	
Synthèse des caractéristiques des PER	4525	Régime social des PER	
SECTION 3		Présentation du régime	4539
Règles spécifiques aux PER individuels		Synthèse de la réforme	4540
Mise en place	4526		
Origine des versements	4527		

4511

Introduction

Un plan d'épargne retraite (PER) peut être proposé soit dans un cadre assurantiel par une entreprise d'assurance ou par un organisme de retraite professionnelle supplémentaire (FRPS), soit par un établissement habilité à tenir des comptes-titres, gestionnaire d'actifs. Cependant, le cadre assurantiel est impératif pour pouvoir bénéficier d'une sortie du PER en rente ou pour pouvoir bénéficier de garanties de prévoyance.

Remarque

Nous limitons la présente étude à l'analyse des seuls PER assurantiels.

Selon l'exposé des motifs de la loi, la création des PER doit répondre à quatre enjeux :

- développer l'épargne retraite en améliorant l'attractivité des produits. Pour cela, l'univers de l'épargne retraite supplémentaire doit être simplifié pour le rendre plus compréhensible, et l'épargne retraite doit devenir parfaitement portable quels que soient les parcours professionnels ;
- offrir aux épargnants de meilleures perspectives de rendement, grâce notamment à l'instauration de la gestion pilotée par défaut ;
- protéger les français qui épargnent en vue de la retraite ;
- et stimuler la concurrence sur le marché de l'épargne retraite, en permettant notamment aux entreprises d'assurance, aux

mutuelles ou unions, aux institutions de prévoyance ou unions mais aussi aux sociétés de gestion d'actifs en partenariat avec les organismes d'assurance précités de proposer des produits d'épargne retraite individuels et des produits souscrits dans le cadre de l'entreprise.

Les PER ont vocation à remplacer à terme les PERP, les contrats Madelin, le PERCO, les contrats « article 83 » et le PERE.

La dénomination sous laquelle les plans d'épargne retraite sont désignés dans les actes et documents destinés au tiers sera précisé par arrêté (C. mon. fin., art. 224-8)

4512 Dispositif légal

Pour décliner juridiquement ces quatre enjeux, le législateur a créé au sein du titre II du livre II du Code Monétaire et financier, un chapitre IV intitulé « Plans d'épargne retraite » (L. n° 2019-486, 22 mai 2019, art. 71, JO 23 mai, relative à la croissance et la transformation des entreprises, dite loi PACTE).

Les dispositions relatives aux PER sont codifiées aux articles L. 224-1 à L. 224-40 du Code monétaire et financier au sein de quatre sections.

La section 1 intitulée « Dispositions communes », comprend quatre sous-sections détaillant les règles de fonctionnement communes à tous les PER :

- sous-section 1 : Définition (C. mon. fin., art. L. 224-1) ;
- sous-section 2 : Composition et gestion (C. mon. fin., art. L. 224-2 à L. 224-3) ;
- sous-section 3 : Disponibilité de l'épargne (C. mon. fin., art. L. 224-4 à L. 224-6) ;
- sous-section 4 : Information des titulaires (C. mon. fin., art. L. 224-7) ;
- sous-section 5 : Modalités d'application (C. mon. fin., art. L. 224-8).

La section 2 concerne « Le plan d'épargne retraite d'entreprise » (C. mon. fin., art. L. 224-9 à L. 224-27).

La section 3 concerne « Le plan d'épargne retraite individuel » (C. mon. fin., art. L. 224-28 à L. 224-39).

La section 4 concerne « Les transferts » des produits existants vers un PER (C. mon. fin., art. L. 224-40).

Ce premier volet de la réforme a ensuite été complété par l'ordonnance n° 2019-766 du 24 juillet 2019 (JO 25 juill.), prise sur le fondement de l'article 71, V, de la loi PACTE précitée, dont les dispositions sont codifiées aux articles L. 224-9 et suivants du Code monétaire et financier, et par un décret en Conseil d'État n° 2019-807 du 30 juillet 2019 (JO 1^{er} août), pris sur le fondement de l'article L. 224-8, alinéa 1^{er}, du même code.

L'ordonnance précitée :

- précise le régime juridique des PER créés au sein d'une entreprise, en distinguant les produits de retraite ayant vocation à bénéficier à l'ensemble des salariés de l'entreprise, dénommé « plan d'épargne retraite d'entreprise *collectif* », à vocation universelle, et les produits de retraite pouvant couvrir tous les salariés ou une ou plusieurs catégories objectives de salariés, dénommé « plan d'épargne retraite *obligatoire* », à vocation catégorielle ;
- détermine les règles relatives aux « plans d'épargne retraite individuels », notamment en matière de gouvernance, ainsi qu'un socle de règles communes en matière d'obligation de conseil et d'information ;
- définit les conditions dans lesquelles les nouvelles règles de la loi PACTE s'appliquent aux produits existants (contrats PERP, article 83, Madelin, PERCO et autres régimes d'épargne retraite supplémentaire) ;
- et précise le régime juridique des PER lorsqu'ils sont proposés par une entreprise d'assurance ou un FRPS, afin notamment de garantir la protection des assurés (cantonnement des engagements, conditions de taux technique et de répartition de la participation aux bénéfices techniques et financiers).

À cette fin, l'ordonnance précitée a créé au sein du chapitre IV du titre II du livre II du Code Monétaire et financier :

- la section 2 intitulée « Le plan d'épargne retraite d'entreprise », divisée en quatre sous-sections :
 - sous-section 1 « Dispositions communes » (art. L. 224-9 à L. 224-12),
 - sous-section 2 « Le plan d'épargne retraite d'entreprise collectif » qui a vocation à bénéficier à tous les salariés (art. L. 224-13 à L. 224-22),
 - sous-section 3 « Le plan d'épargne retraite obligatoire » qui a vocation à bénéficier à une ou plusieurs catégories de salariés (art. L. 224-23 à L. 224-27),
 - sous-section 4 intitulée « Possibilités de regroupement des plans d'épargne retraite d'entreprise » (art. L. 224-28) ;
- la section 3 intitulée « Le plan d'épargne retraite individuel » au sein de laquelle deux sous-sections :
 - sous-section 1 « Dispositions communes » (art. L. 224-28 à L. 224-30),
 - sous-section 3 « Le plan d'épargne retraite individuel donnant lieu à l'ouverture d'un contrat d'assurance de groupe » (art. L. 224-33 à L. 224-39) ;
- la section 4 intitulée « Transferts » (art. L. 224-40).

Les PER relèvent également des articles L. 142-2 à L. 142-8 du Code des assurances qui figurent au sein du chapitre II du titre IV du livre I^{er} dudit code intitulé « Plan d'épargne retraite donnant lieu à l'ouverture d'un contrat d'assurance de groupe », créé par l'article 6 de l'ordonnance précitée (C. assur., art. L. 142-1).

4513 Entrée en vigueur et mesures transitoires

Remarque

L'ensemble des dispositions visées ci-dessus entrent en vigueur le 1^{er} octobre 2019 (lecture combinée de loi PACTE, art. 71, IV, de Ord. n° 2019-766, 24 juill. 2019, art. 9, I et du D. n° 2019-807, 30 juill. 2019, précités).

À compter de cette date, des PER peuvent être souscrits.

Des dispositions transitoires sont toutefois prévues, concernant le sort des contrats d'épargne retraite existants, le droit au transfert, et l'introduction des règles de déontologie au sein des associations.

Pour ce qui concerne l'encours des contrats Madelin, PERP, et contrat « article 83 », le législateur a prévu les dispositions suivantes :

- les contrats Madelin mentionnés à l'article L. 144-1 du Code des assurances et les contrats PERP mentionnés à l'article L. 144-2 du même code, ne peuvent plus accueillir de nouvelles souscriptions ou adhésions à compter du 1^{er} octobre 2020, sauf lorsque leurs dispositions sont modifiées de façon à respecter les dispositions des sections 1, 3 et 4 du chapitre IV du titre II du livre II du Code monétaire et financier. Une telle modification des contrats, plans et conventions doit être approuvée par l'assemblée générale de l'association souscriptrice. Les contrats, plans et conventions ainsi modifiées constituent des plans d'épargne mentionnés à l'article L. 224-1 du code monétaire et financier. À titre de mesure transitoire et dérogeant au délai de trois mois mentionné à l'article L. 141-4 du Code des assurances, les modifications réalisées jusqu'au 1^{er} janvier 2020 pourront entrer en vigueur un mois seulement après leur notification aux adhérents (Ord. n° 2019-766, 24 juill. 2019, JO 25 juill., art. 9, IV). Toutefois, les adhérents présents avant le 1^{er} octobre 2020 pourront continuer à faire des versements sur leurs contrats, aux conditions et règles de fonctionnement figurant dans ces contrats ;
- les contrats mentionnés à l'article 83, 2° du Code général des impôts ne peuvent être mis en place, au sein des entreprises, que sous la forme d'un plan d'épargne retraite d'entre-

prise *obligatoire* mentionné à l'article L. 224-23 du Code monétaire et financier à compter du 1^{er} octobre 2020.

Les contrats mentionnés à l'article 83, 2^o du CGI, mis en place avant le 1^{er} octobre 2020 peuvent toutefois accueillir de nouveaux adhérents et les anciens adhérents peuvent continuer à effectuer des versements.

Pour ce qui concerne le droit au transfert des droits individuels en cours de constitution sur des contrats Madelin, PERP, ou « article 83 », à compter du 1^{er} octobre 2020, celui-ci pourra s'exercer uniquement vers un plan d'épargne retraite mentionné à l'article L. 224-1 du Code monétaire et financier (Ord. n^o 2019-766, 24 juill. 2019, art. 8, JO 25 juill., IV et D. n^o 2019-807, 30 juill. 2019, art. 9, III, JO 1^{er} août).

Quant aux dispositions de l'article L. 141-7, IV du Code des assurances (créé par Ord. n^o 2019-766, 24 juill. 2019, art. 5, précitée), qui impose aux associations souscriptrices de contrats d'épargne retraite supplémentaire d'adopter des règles de déontologie, elles entrent en vigueur le 1^{er} octobre 2020 (art. 9, II de l'ordonnance précitée et art. 9, III du décret précité).

4514

Définition et objet du plan d'épargne retraite

Le PER a pour objet « l'acquisition et la jouissance de droits viagers personnels ou le versement d'un capital, payables au titulaire à compter, au plus tôt, de la date de liquidation de sa pension dans un régime obligatoire d'assurance vieillesse ou de l'âge mentionné à l'article L161-17-2 du code la sécurité sociale » (C. mon. fin., art. L. 224-1).

Le plan d'épargne retraite est ouvert sous la forme d'un plan d'épargne retraite individuel ou sous la forme d'un plan d'épargne retraite d'entreprise (C. mon. fin., art. L. 224-8). Le plan d'épargne retraite d'entreprise se subdivise lui-même en deux : le plan d'épargne retraite d'entreprise *collectif*, ouvert à tous les salariés, et le plan d'épargne retraite *obligatoire*, ouverts à tous les salariés ou à certaines catégories de salariés (C. mon. fin., art. L. 224-9).

Le plan qu'il soit individuel ou d'entreprise se traduit juridiquement par l'ouverture d'un compte-titres auprès d'une société de gestion d'actifs (C. mon. fin., art. L. 224-31 et L. 224-32) ou, pour les plans ouverts auprès d'une entreprise d'assurance, par l'adhésion à un contrat d'assurance de groupe dont l'exécution est liée à la cessation d'activité professionnelle qui est soit souscrit par une association relevant de l'article L. 141-7 du Code des assurances (C. mon. fin., art. L. 224-33), soit souscrit par un employeur ou, pour les plans ouverts auprès d'un organisme de retraite professionnelle supplémentaire (FRPS), par l'adhésion à un contrat ayant pour objet la couverture d'engagements de retraite supplémentaire mentionnés à l'article L. 381-1 du Code des assurances. L'article L. 224-8 du Code monétaire et financier précise que les dispositions applicables aux PER ouverts sous la forme d'un contrat d'assurance de groupe sont également applicables aux plans d'épargne retraite ouverts auprès d'un FRPS (C. mon. fin., art. L. 224-8, al. 2).

Les entreprises d'assurance et les FRPS sont les « gestionnaires » du plan.

Le plan est alimenté par les versements de personnes physiques ou par leur employeur pour leur compte. Le plan doit offrir la possibilité au titulaire d'acquiescer une rente viagère, avec une option de réversion au profit d'un bénéficiaire désigné par ce dernier. Mais seules les entreprises d'assurance étant autorisées à proposer le service d'une rente viagère, les gestionnaires d'actifs qui concluent des PER devront se mettre d'accord avec une entreprise d'assurance, en amont de l'ouverture d'un PER, pour que le titulaire du PER puisse au terme de son plan, bénéficier de l'option de sortie en rente viagère, si tel est son choix.

SECTION 1

Aspects du PER assurantiel

4515

Caractéristiques du PER assurantiel

L'adhésion au PER peut être réalisée à titre individuel, dans ce cas le PER est souscrit par une association, ou réalisée dans un cadre collectif d'entreprise auquel cas le PER est souscrit par un employeur.

Le PER individuel a vocation à succéder au PERP et aux contrats Madelin. Peuvent y adhérer les personnes physiques, les salariés et les travailleurs non-salariés. Le PER d'entreprise, est quant à lui mis en place par un employeur à destination de ses salariés. Il peut être universel – il est alors dit *collectif* – ; ou bien catégoriel – et il est dit *obligatoire*. Quand il est *collectif*, tous les salariés d'une même entreprise peuvent y adhérer, à titre facultatif, comme c'est le cas actuellement pour le PERCO, que le PER *collectif* remplace. Quand il est *obligatoire*, le PER concerne tous les salariés ou une ou plusieurs catégories de salariés définies au sein d'une même entreprise et dans ce cas l'adhésion des salariés est obligatoire. Le PER *obligatoire* a vocation à succéder aux contrats « article 83 ».

Chaque PER, qu'il soit individuel ou collectif, est structuré en compartiments, correspondant à différents types de versements. Chaque compartiment a ses propres règles de fonctionnement avec un socle de règles communes (définition, composition, gestion financière, disponibilité, information) et ses propres règles fiscales et sociales.

Un transfert individuel est possible entre tous les PER, sous certaines conditions.

Il est possible de choisir une sortie sous forme de capital et/ou de rente viagère, sous certaines conditions.

SECTION 2

Règles de fonctionnement communes aux PER assurantiels

4516

Origine des versements

Les sommes versées sur un PER sont de trois natures différentes (C. mon. fin., art. L. 224-2), au sein de chaque PER. Elles sont versées directement par le titulaire du plan ou par une entreprise, ou à la suite d'une opération de transfert. Elles sont :

- les sommes provenant des versements volontaires du titulaire (C. mon. fin., art. L. 224-2, 1^o) ;
- les sommes provenant de la participation, de l'intéressement, de l'abondement de l'employeur, de versements d'entreprises, « versement initial » ou « versements périodiques » (C. mon. fin., art. L. 224-20), de droits inscrits au compte épargne-temps (CET), ou en l'absence de CET dans l'entreprise, des sommes correspondant à des jours de repos non pris dans la limite de dix jours par an (C. mon. fin., art. D. 224-9) et pour la valeur de l'indemnité de congés calculée selon les articles L. 3141-23 à L. 3141-26 du Code du travail (C. mon. fin., art. R224-8) ;

— les versements obligatoires du salarié ou de l'employeur. Ce compartiment constitue le socle de retraite « incompressible » du plan. La sortie de ce compartiment se fait uniquement sous forme de rente viagère, et le déblocage anticipé pour l'acquisition de la résidence principale n'est pas autorisé (C. mon. fin., art. L. 224-2, 3^o).

Pour plus de détails sur les versements par type de PER, v. ci-dessous.

4517**Gestion financière**

Les versements réalisés sur un PER sont affectés à l'acquisition de droits qui peuvent être exprimés en euros, en parts de provision de diversification, de droits exprimés en unités de rente (régimes en points) ou de droits exprimés en unités de compte constituées de titres financiers offrant une protection suffisante de l'épargne investie (C. mon. fin., art. L. 224-3, al. 2).

La loi PACTE introduit le principe de la gestion financière pilotée par défaut, sauf décision contraire et expresse du titulaire (C. mon. fin., art. L. 224-3, al. 3 et 4), non applicable aux contrats dont les garanties sont exprimées en unités de rente. L'exposé des motifs de la loi explicite le mécanisme de la gestion pilotée, en ces termes : « la généralisation de la gestion pilotée des encours de PER, comme option par défaut, permettra d'orienter cette épargne vers l'économie productive pour offrir de meilleurs rendements aux futurs retraités. La gestion pilotée est une stratégie d'investissement qui tient compte de l'horizon de placement de l'épargnant. Lorsque le départ en retraite est lointain, l'épargne est fortement investie en actions, puis progressivement investie dans des supports garantis (fonds en euros et fonds euro croissance des entreprises d'assurance) ou des supports obligataires ou monétaires ». Cette modalité de gestion financière avait été introduite pour les plans d'épargne retraite pour la retraite collective (PERCO) par la loi n^o 2015-990 du 6 août 2015 (JO 7 août) pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques. Elle est étendue aux PER à la lumière de l'expérience positive observée sur le PERCO. Le titulaire a néanmoins la possibilité d'opter pour une gestion financière libre, sur décision expresse.

Le principe de réduction progressive des risques financiers vers un profil d'investissement à faible risque, au fur et à mesure que la date d'échéance du plan approche, est posé par l'article D. 224-3 du Code monétaire et financier, étant précisé que le titulaire du plan peut expressément renoncer au rythme minimal de sécurisation ou peut modifier la date d'échéance initiale, à tout moment. Le rythme minimal de sécurisation et la nature des actifs présentant un profil d'investissement à faible risque sont précisés par l'article 1^{er} de l'arrêté du 7 août 2019 (NOR : ECOT1917532A, JO 11 août), qui distingue trois profils d'investissement : « prudent », « équilibré », ou « dynamique » et définit les actifs présentant un profil d'investissement à faible risque. Au sein de chaque profil, la part d'investissement à faible risque est déterminée par l'arrêté précité en fonction de la date de liquidation envisagée par le titulaire. Par défaut, et sauf mention contraire et expresse du titulaire, les versements sont affectés au profil d'investissement « équilibré ». Le calcul des engagements à faible risque est réalisé en tenant compte des engagements exprimés en unités de compte, en euros et en parts de provision de diversification. En cas de changement de gestionnaire, le nouveau plan doit inclure les profils d'investissement du plan d'origine.

À compter de la cinquième année précédant l'échéance mentionnée à l'article L. 224-1 du Code monétaire et financier, le titulaire peut interroger par tout moyen le gestionnaire du plan afin de s'informer sur ses droits et sur les modalités de restitution de l'épargne appropriées à sa situation et de confirmer, le cas échéant, le rythme de réduction des risques financiers dans le cadre d'une allocation mentionnée aux troisième et quatrième alinéas de l'article L. 224-3 précité. Cinq ans et six mois avant l'échéance du plan, le gestionnaire du plan informe le titulaire de cette possibilité (C. mon. fin., art. L. 224-10 pour les PER d'entreprise, et L. 224-30 pour les PER individuels).

Pour les plans d'épargne retraite d'entreprise, il doit notamment être proposé au moins une autre allocation permettant l'acquisition de parts de fonds investis, dans les limites prévues par la réglementation, dans les entreprises solidaires d'utilité sociale au sens du Code du travail, dénommés « fonds solidaires » (C. mon. fin., art. L. 224-3).

4518**Rétrocessions de commissions**

En application de l'article L. 224-3, alinéa 4, du Code monétaire et financier, les conditions de partage ou d'affectation aux plans d'épargne retraite des rétrocessions de commissions perçues au titre de la gestion financière des plans sont fixées par l'article R. 224-1 du même code. Elles peuvent être versées au gestionnaire (assureur ou FRPS) du plan d'épargne retraite, ou être versées au distributeur du plan ou encore être affectées au plan. Le cas échéant, le plan d'épargne retraite précise les modalités d'affectation de ces rétrocessions et les modalités d'information des titulaires sur cette affectation.

Sur les informations à communiquer au titulaire du plan, voir n^o 4521.

4519**Prestations du plan**

Le plan a pour objet le versement d'une rente viagère ou le paiement d'un capital (C. mon. fin., art. L. 224-1), soit à son échéance en cas de vie du titulaire, soit par anticipation dans certaines circonstances, soit en cas de décès du titulaire.

La date d'échéance du plan est la plus précoce des deux dates suivantes : soit la date à laquelle le titulaire liquide sa pension dans un régime obligatoire d'assurance vieillesse, soit la date à laquelle le titulaire atteint l'âge mentionné à l'article L. 161-17-2 du Code de la sécurité sociale, étant précisé que le paiement des prestations n'est pas automatique et que celui-ci doit être demandé par le titulaire du plan.

La liquidation des droits ou le rachat anticipé (v. b, ci-dessous) intervient sous la forme d'un versement unique qui porte, au choix du titulaire, sur tout ou partie de ses droits susceptibles d'être liquidés ou rachetés (C. mon. fin., art. D. 224-4).

Lorsque les quittances d'arrérages mensuelles ne dépassent pas 80 euros, en y incluant le montant des majorations légales, les entreprises d'assurance sur la vie peuvent, avec l'accord de l'assuré et dans les conditions mentionnées aux articles A. 160-3 et A. 160-4, procéder au rachat des rentes et des majorations de rentes concernant les plans d'épargne retraite qui ont été souscrits auprès d'elles. Lorsque les quittances d'arrérages sont versées selon une périodicité de paiement supérieure à un mois, le seul mentionné au premier alinéa est multiplié par le nombre de mois inclus dans la période de paiement (C. assur., art. A. 160-2-1).

a) En cas de vie du titulaire à l'échéance

Les prestations correspondant aux sommes versées par le salarié ou l'employeur, affilié à titre obligatoire à un PER d'entreprise, sont payées uniquement sous forme de rente viagère. Les prestations correspondant aux autres sommes versées sont payées, au choix du titulaire, soit sous la forme de rente viagère soit sous la forme de capital, versé en une fois ou de manière fractionnée, sauf « lorsque le titulaire a opté expressément et irrévocablement pour la liquidation de tout ou partie de ses droits en rente viagère à compter de l'ouverture du plan » (C. mon. fin., art. L. 224-5).

Cette possibilité n'est pas ouverte au titulaire d'un PER d'entreprise qui ne peut pas opter pour la liquidation de ses droits en rente viagère avant l'échéance du plan (C. mon. fin., art. L. 224-11).

Le plan doit cependant toujours prévoir la possibilité d'une sortie en rente viagère, à son échéance, ainsi qu'une option de réversion de cette rente au profit d'un bénéficiaire désigné par le titulaire en cas de décès de ce dernier (C. mon. fin.,

art. L. 224-1). En d'autres termes, le plan ne peut pas prévoir uniquement une sortie sous forme de capital. Cette liberté de choix implique d'étendre le devoir d'information et de conseil à la phase de décumulation de l'épargne.

Le plan doit indiquer les conditions dans lesquelles le titulaire exprime son choix entre le paiement d'une rente viagère ou d'un capital (C. mon. fin., art. D. 224-5).

b) Disponibilité de l'épargne par anticipation

Les plans d'épargne retraite ne comportent pas de possibilité de rachat. Toutefois ils doivent prévoir une faculté de rachat lorsque que se produisent certains événements. À cet égard, les dispositions de l'article L. 132-23 du Code des assurances s'appliquent aux plans d'épargne retraite, sous réserve des dispositions de l'article L. 224-4 du Code monétaire et financier (Ord. n° 2019-766, 24 juill. 2019, JO 25 juill., art. 7, I, modifiant C. assur., art. L. 132-23), ci-après décrites. Le plan doit faire mention de cette faculté (C. assur., art. D. 441-22, I).

La valeur de rachat est calculée selon les mêmes dispositions que celles applicables au calcul de la valeur de transfert, qui figurent à l'article D. 441-22 du Code des assurances.

Les conditions de sortie par anticipation des différents plans, à la demande du titulaire, sont harmonisées et donc communes à tous les PER (C. mon. fin., art. L. 224-4). Les droits en cours de constitution peuvent être rachetés ou liquidés dans les cas suivants :

- a) décès du conjoint du titulaire ou du partenaire lié par un PACS ;
- b) invalidité de 2^e et 3^e catégorie du titulaire du PER, de ses enfants, de son conjoint ou de son partenaire lié par un PACS. Cette règle issue du PERCO bénéficie désormais à tous les PER ;
- c) situation de surendettement du titulaire, définie à l'article L. 711-1 du Code de la consommation ;
- d) expiration des droits à l'assurance chômage du titulaire, ou pour les mandataires sociaux, absence de mandat social ou de contrat de travail depuis au moins deux ans. Le cas de déblocage pour expiration des droits à l'assurance chômage n'est plus conditionné à la perte involontaire d'un emploi. Quel que soit le motif de la perte d'emploi (licenciement, rupture conventionnelle, fin de CDD, démission), à partir du moment où le titulaire a droit à l'assurance chômage et que ses droits expirent, celui-ci pourra demander le déblocage anticipé de son plan. Il n'y a en revanche pas de changement par rapport à l'existant pour le cas équivalent concernant le titulaire d'un plan qui a exercé des fonctions d'administrateur, de membre du directoire ou de membre de conseil de surveillance. Il pourra toujours déblocer son épargne par anticipation s'il n'est pas titulaire d'un contrat de travail ou d'un mandat social depuis deux ans au moins à compter du non-renouvellement de son mandat social ou de sa révocation et qu'il n'a pas liquidé sa pension dans un régime obligatoire d'assurance vieillesse ;
- e) cessation d'activité non salariée du titulaire à la suite d'un jugement de liquidation judiciaire en application des dispositions du livre VI du Code de commerce. Il n'y a pas de changement par rapport à l'existant pour ce cas qui vise également toute situation justifiant le déblocage anticipé selon le président du tribunal de commerce auprès duquel est instituée une procédure de conciliation telle que visée à l'article L. 611-4 du Code de commerce, qui en effectue la demande avec l'accord du titulaire ;
- f) le déblocage de l'épargne avant son échéance en vue de l'acquisition d'une résidence principale est possible sauf pour les droits issus des versements obligatoires du salarié ou de l'employeur.

Lors de la première lecture du projet de loi par l'Assemblée nationale, un amendement de la commission spéciale avait limité le cas de déblocage anticipé en cas d'achat de la résidence principale au premier achat, ceci pour éviter les « effets d'aubaine ». Cette modification a par la suite été supprimée du texte par les députés en séance publique. Les parlementaires

ont considéré que l'achat de la résidence principale contribuait à sécuriser une retraite. La soumission à l'impôt sur le revenu des sommes débloquées dans le cadre de ce rachat pourrait permettre de limiter les effets d'aubaine. Dans le compte-rendu des débats en séance publique, il est précisé qu'une évaluation du dispositif sera effectuée afin de mesurer les comportements opportunistes et les impacts qu'ils pourraient y avoir sur les finances publiques.

c) En cas de décès du titulaire avant l'échéance

Le décès du titulaire avant la date de liquidation de sa pension dans un régime obligatoire d'assurance vieillesse ou de l'âge légal de départ à la retraite entraîne la clôture du plan (C. mon. fin., art. L. 224-4, II) et le versement des prestations dues aux bénéficiaires désignés par le titulaire du plan. Les sommes, rentes ou valeurs quelconques dues directement ou indirectement par un assureur, à raison du décès suivant le degré de parenté existant entre le bénéficiaire à titre gratuit et l'assuré pour leur montant total, sous déduction d'un abattement global de 30 500 €. Cet abattement englobe tous les contrats d'assurance vie détenus par le titulaire du plan (CGI, art. 757 B, modifié par l'ordonnance précitée). Le capital dû à raison du décès intervenu avant l'âge de soixante-dix ans est soumis aux dispositions de l'article 990, I, du Code général des impôts, qui sont exactement celles applicables aux dénouements des contrats d'assurance vie.

d) Garanties complémentaires (C. assur., art. L. 142-3)

Le plan peut prévoir des garanties complémentaires, notamment en cas de décès, d'invalidité, de perte d'emploi ou de perte d'autonomie de l'assuré, qui peuvent prendre la forme d'une prise en charge de cotisations jusqu'à l'âge de la retraite. Il peut aussi s'agir de garanties portant sur la valeur de rachat de tout ou partie de l'épargne à l'échéance. Ces garanties sont limitativement énumérées à l'article L. 142-3 du Code des assurances.

4520

Transférabilité

Les enjeux de la transférabilité sont multiples. Avant la loi Pacte, un épargnant titulaire d'un PERCO ne pouvait pas transférer ses encours lorsqu'il était, par exemple, recruté dans une entreprise ayant mis en place un dispositif de type « article 83 » ou s'il se mettait à son compte, sur un contrat Madelin. Alors que les carrières professionnelles sont désormais moins linéaires, la perspective de devoir cumuler plusieurs produits non transférables est un frein important à leur commercialisation (faible lisibilité des droits, cumul des frais, charge administrative). Or, ces produits ne peuvent pas être transférables entre eux tant qu'ils répondent à des règles différentes. Pour garantir aux épargnants qu'ils ne seront jamais contraints de cumuler plusieurs produits de retraite supplémentaire, ces produits doivent donc obéir à un corpus de règles uniques permettant l'éventuelle transférabilité des encours, sans qu'un tel transfert n'entraîne de conséquence sur le dénouement normal du contrat (délivrance d'un capital ou achat d'une rente viagère, selon l'origine des sommes et les choix des épargnants). En outre, la transférabilité des PER entre eux est un moyen d'accroître leur appropriation par les épargnants et de lutter contre la désaffection, qui touche particulièrement ces produits, comme le relève l'ACPR.

L'article L. 224-6 du Code monétaire et financier pose donc le principe de la transférabilité des PER entre eux à l'initiative du titulaire du plan ou à celle du souscripteur du contrat collectif (association souscriptrice ou employeur), les conditions de ce droit à transfert, la valorisation du transfert et encadre les frais de transfert.

a) Transférabilité des droits individuels en cours de constitution vers tout autre PER (C. mon. fin., art. L. 224-6)

Les droits individuels en cours de constitution sont donc transférables vers tout autre plan d'épargne retraite (C. mon. fin., art. L. 224-6), dans les conditions figurant à l'article L. 132-23 du Code des assurances. Le plan doit faire mention de cette faculté (C. assur., art. D. 441-22). Pour un plan d'épargne retraite d'entreprise auquel le salarié est affilié à titre obligatoire (PER d'entreprise *obligatoire*), les droits individuels ne sont transférables que lorsque le titulaire n'est plus tenu d'y adhérer (C. mon. fin., art. L. 224-6). Mais le transfert de droits individuels d'un plan d'épargne retraite d'entreprise *collectif* vers un autre plan d'épargne retraite avant le départ de l'entreprise est possible dans la limite d'un transfert tous les trois ans (C. mon. fin., art. L. 224-18).

Lorsque le plan d'épargne retraite donne lieu à l'adhésion à un contrat d'assurance de groupe dont l'exécution est liée à la cessation d'activité professionnelle, le contrat peut prévoir de réduire la valeur de transfert (C. mon. fin., art. L. 224-6), dans le cas où le droit de transfert des provisions mathématiques excède la quote-part de l'actif qui les représente. La réduction peut avoir lieu à due concurrence de l'excès constaté sans que cette réduction puisse excéder 15 % de la valeur des droits transférés relatifs à des engagements en euros (C. mon. fin., art. L. 224-6).

Par ailleurs, sont transférables sur un plan d'épargne retraite, et à compter du 1^{er} octobre 2020, uniquement sur un PER (art. 9, III de l'ordonnance précitée), les droits individuels en cours de constitution existants sur :

- un contrat mentionné à l'article L. 144-1 du Code des assurances (contrats Madelin) ayant pour objet l'acquisition et la jouissance de droits viagers personnels, qui sont alors assimilés à des versements volontaires, mentionnés au 1^o de l'article L. 224-2 du Code monétaire et financier ;
- un plan d'épargne retraite populaire (PERP) mentionné à l'article L. 144-2 du Code des assurances, qui sont alors assimilés à des versements volontaires, mentionnés au 1^o de l'article L. 224-2 précité ;
- un plan d'épargne pour la retraite collective mentionné à l'article L. 3334-1 du Code du travail, qui sont alors assimilés à des droits issus de versements mentionnés au 2^o de l'article L. 224-2 précité ;
- un contrat souscrit dans le cadre d'un régime de retraite supplémentaire mentionné au 2^o de l'article 83 du Code général des impôts, lorsque le salarié n'est plus tenu d'y adhérer. Dans ce cas, les droits issus de versements volontaires du salarié sur un contrat « article 83 » sont assimilés à des droits issus de versements volontaires mentionnés au 1^o de l'article L. 224-2 précité. Les droits issus de versements obligatoires du salarié ou de l'employeur sur un contrat « article 83 » sont assimilés à des droits issus de versements obligatoires mentionnés au 3^o de l'article L. 224-2 précité. Lorsque l'ancienneté du plan ne permet pas à l'entreprise d'assurance, la mutuelle ou union ou l'institution de prévoyance, de distinguer les versements volontaires des versements obligatoires, les droits sont assimilés à des versements obligatoires, sauf lorsque le titulaire justifie auprès de l'entreprise d'assurance, de la mutuelle ou union ou de l'institution de prévoyance du montant des versements volontaires effectués (C. mon. fin., art. L. 224-40).

Le gestionnaire du contrat, plan ou convention transféré communique au gestionnaire du nouveau plan d'épargne retraite le montant des droits en cours de constitution et le montant des sommes versées, en distinguant les versements mentionnés aux 1^o, 2^o et 3^o de l'article L. 224-2 du Code monétaire et financier.

Le gestionnaire du plan dispose d'un délai de deux mois pour transmettre au nouveau gestionnaire les sommes et les informations nécessaires à la réalisation du transfert. Ce délai s'applique à compter de la réception par le gestionnaire de la demande de transfert et, le cas échéant, des pièces justificatives. L'ancien et le nouveau gestionnaire peuvent convenir que

tout ou partie du transfert s'effectue par un transfert de titres (Arr. 7 août 2019, NOR : ECOT1917532A, art. 3).

Le gestionnaire d'un plan d'épargne retraite ouvert avant le 1^{er} octobre 2020 n'est tenu d'accepter les transferts entrants qu'à compter de cette date. Lorsque le gestionnaire n'est pas en mesure de recevoir les transferts entrants avant cette date, il communique au titulaire éventuel une information spécifique avant l'ouverture du plan (art. 9, III de l'ordonnance précitée).

Avant le transfert des droits vers un plan d'épargne retraite individuel, le gestionnaire du nouveau plan informe le titulaire des caractéristiques du plan et des différences entre le nouveau plan d'épargne retraite et l'ancien contrat, plan ou convention transféré.

b) Calcul de la valeur de transfert ou de rachat

La valeur de transfert est calculée conformément aux dispositions de l'article D. 441-22 II du Code des assurances. Le plan peut prévoir de réduire la valeur de transfert sans que cette réduction ne puisse excéder 15 % de la valeur des droits individuels relatifs à des engagements exprimés en euros, lorsque le droit à transfert des provisions mathématiques excède la quote-part de l'actif qui les représente (C. mon. fin., art. L. 224-6 et D. 224-6).

La valeur de transfert des contrats dont les garanties sont exprimées en unités de rente est déterminée selon les dispositions de l'article L. 142-8 du Code des assurances.

c) Encadrement des frais de transfert individuel

Les frais de transfert ne peuvent pas excéder 1 % des droits acquis. Ce plafonnement des frais de transfert a pour objectif de favoriser la portabilité et également de stimuler la concurrence. Les frais seront nuls à l'issue d'une période de cinq ans à compter du premier versement dans le plan ou lorsque le transfert intervient à compter de la date de liquidation de la pension dans un régime obligatoire d'assurance vieillesse ou de l'âge légal de départ à la retraite (C. mon. fin., art. L. 224-6).

d) Transfert collectif

Le transfert collectif des droits individuels du plan est susceptible d'intervenir dans deux situations : d'une part, en cas de changement d'organisme d'assurance à l'initiative de l'association souscriptrice ou de l'employeur, et d'autre part, en cas de modification de la situation juridique d'une entreprise souscriptrice (fusion, scission, absorption, cession).

Dans la première situation, les plans d'épargne retraite individuels et les plans d'épargne retraite d'entreprises doivent prévoir les conditions dans lesquelles l'association souscriptrice ou l'entreprise peut changer de prestataire, à l'issue d'un préavis qui ne peut excéder 18 mois (C. mon. fin., art. L. 224-6). Le changement de prestataire emporte le transfert au nouveau gestionnaire des droits individuels en cours de constitution (C. mon. fin., art. L. 224-12). Le législateur reprend ainsi une faculté existant actuellement pour les PERP. Le gestionnaire du plan dispose d'un délai de trois mois pour transmettre au nouveau gestionnaire les sommes et les informations nécessaires à la réalisation du transfert. L'ancien et le nouveau gestionnaire peuvent convenir que tout ou partie du transfert s'effectue par un transfert de titres (Arr. 7 août 2019, NOR : ECOT1917532A, art. 3, précité).

Dans la deuxième situation, les avoirs des salariés du plan concerné peuvent être transférés dans le plan de la nouvelle entreprise (C. mon. fin., art. L. 224-12) sur décision des signataires de l'accord ayant mis en place le plan ou sur décision de l'employeur si le plan a été mis en place par décision unilatérale. À défaut, le transfert peut être mis en place par un accord avec le personnel ou avec les comités économiques et sociaux concernés (C. mon. fin., art. R. 224-7).

e) Transférabilité temporaire d'un contrat d'assurance-vie vers un PER (CGI, art. 125-0 A, I, 1^o)

Le législateur a créé une incitation fiscale visant à permettre le développement des PER en encourageant les épargnants à racheter leurs contrats d'assurance vie pour verser le produit de ces rachats sur un PER. Cette incitation consiste en une exonération annuelle globale supplémentaire des produits imposables en cas de rachat total ou partiel du bon ou contrat d'assurance vie de plus de huit ans (à hauteur de 4 600 € pour un célibataire et de 9 200 € pour un couple) qui vient s'ajouter à l'abattement annuel existant (CGI, art. 125-0 A, al. 4) s'appliquant, le cas échéant, aux produits non exonérés du bon ou contrat. Cette incitation, valable pour les rachats effectués avant le 1^{er} janvier 2023, est soumise aux conditions suivantes :

- le transfert vers un PER doit intervenir avant le 31 décembre de l'année du rachat ;
- il doit concerner l'intégralité des sommes reçues au titre du rachat réalisé sur le contrat d'assurance vie ;
- l'assuré doit être à plus de cinq années de l'âge légal de départ à la retraite ;

Cette incitation est annuelle et globale pour l'ensemble des contrats détenus par un même assuré (art. 72, II de la loi PACTE précitée).

Cette mesure fiscale temporaire accordée en cas de transfert vers un PER revient à doubler le montant des sommes exonérées d'impôt sur le revenu en cas de rachat réalisé sur un contrat d'assurance vie et dont le produit est affecté à un PER.

L'exposé des motifs de l'amendement qui introduit cette mesure précise que « les sommes ainsi versées sur le plan d'épargne retraite bénéficieront du régime fiscal de ce plan ».

4521**Information**

Les titulaires de PER, dans un cadre collectif ou individuel, ont droit à un certain nombre d'informations avant l'ouverture du plan, puis à une information actualisée annuellement de ces mêmes informations, et enfin à une information annuelle sur leurs droits, s'agissant notamment de la valeur de leurs droits en cours de constitution et des modalités de transfert vers un autre plan d'épargne retraite (C. mon. fin., art. L. 224-7, al. 1^{er}).

Avant l'ouverture du plan, ils bénéficient d'une information détaillée concernant chaque actif du plan. Cette information est actualisée annuellement (C. mon. fin., art. L. 224-7, al. 2) et précise (Arr. 7 août 2019, NOR : ECOT1917532A, art. 2) :

- la performance de l'actif au cours du dernier exercice clos, brute des frais de gestion, exprimée en pourcentage ;
- les frais de gestion prélevés sur l'actif au cours du dernier exercice clos, exprimé en pourcentage, qui correspondent aux frais courants mentionnés au 2. b) de l'article 10 du règlement européen (UE) n° 583/2010 de la Commission européenne du 1^{er} juillet 2010 (JOUE 10 juill., n° L 176) ;
- la performance de l'actif au cours du dernier exercice clos, nette des frais de gestion, exprimée en pourcentage ;
- les frais récurrents prélevés sur le plan d'épargne retraite, exprimés en pourcentage, qui incluent les frais de gestion du contrat sur les unités de compte et, le cas échéant, les frais liés au financement de l'association souscriptrice ;
- la performance finale de l'investissement pour le titulaire au cours du dernier exercice clos, nette des frais de gestion et des frais récurrents, exprimée en pourcentage ;
- la quotité de frais ayant donné lieu à des rétrocessions de commission au profit des distributeurs et des gestionnaires du plan au cours du dernier exercice clos ;
- le taux de participation aux bénéfices brut de frais et net de frais au cours du dernier exercice clos sur les engagements en euros, ainsi que le taux de frais de gestion de ces enga-

gements et les éventuelles rétrocessions de commission versées au profit des distributeurs au titre de ces engagements.

Ces informations sont présentées sous la forme d'un tableau mentionné en annexe de l'arrêté précité. En outre, une explication accompagne ce tableau pour informer le titulaire de l'impact des différents frais, notamment ceux donnant lieu à des rétrocessions de commission, sur la performance de son épargne.

Chaque année, le gestionnaire communique au titulaire les informations mentionnées à l'article R. 224-2 du Code monétaire et financier qui portent sur :

- l'identification du souscripteur ;
- la valeur des droits en cours de constitution, ainsi que l'évolution de cette valeur depuis l'ouverture du plan et au cours de la dernière année écoulée ;
- le montant des versements effectués au titre des 1^o, 2^o et 3^o de l'article L. 224-2 du Code monétaire et financier depuis l'ouverture du plan et au cours de la dernière année écoulée ;
- les frais de toute nature prélevés sur le plan au cours de l'année écoulée, ainsi que le total de ces frais exprimé en euros ;
- la valeur de transfert du plan d'épargne retraite, ainsi que les conditions dans lesquelles le titulaire peut demander le transfert vers un autre plan d'épargne retraite et les éventuels frais afférents ;
- pour chaque actif du plan, la performance annuelle brute de frais, la performance annuelle nette de frais, les frais annuels prélevés, y compris ceux liés aux éventuelles rétrocessions de commission, ainsi que les modifications significatives affectant chaque actif ;
- lorsque le plan est un contrat d'assurance de groupe, la participation aux bénéfices techniques et financiers du contrat et le taux moyen de rendement des actifs détenus en représentation des engagements au titre des contrats de même catégorie ;
- lorsque les versements sont affectés à une allocation permettant de réduire progressivement les risques financiers en application des troisième et quatrième alinéas de l'article L. 224-3 du Code monétaire et financier, la performance de cette allocation au cours de l'année écoulée et depuis l'ouverture du plan et le rythme de sécurisation prévu jusqu'à la date de liquidation envisagée par le titulaire ;
- les modalités de disponibilité de l'épargne mentionnées aux articles L. 224-4 et L. 224-5 du Code monétaire et financier.

Les dispositions de l'article L. 132-22 du Code des assurances ne s'appliquent pas aux plans d'épargne retraite dans sa rédaction issue de l'article 7 de l'ordonnance n° 2019-766 du 24 juillet 2019 (JO 25 juill.).

Dans le cadre de l'information annuelle prévue à l'article R. 224-2 du Code monétaire et financier, le titulaire reçoit en outre une actualisation des informations qui lui ont été communiquées avant l'ouverture du plan, concernant chaque actif référencé dans son plan (Arr. 7 août 2019, NOR : ECOT1917532A, art. 2, précité).

4522**Comptabilité auxiliaire d'affectation**

L'entreprise d'assurance doit établir une comptabilité auxiliaire d'affectation pour ses engagements au titre des PER (C. assur., art. L. 142-4). Cette obligation de cantonnement des engagements pris dans le cadre des PER a pour objet « de protéger les droits des épargnants s'agissant de l'affectation de la participation aux bénéfices techniques et financiers ou en cas de défaillance du prestataire ». Cette disposition permet de garantir une distribution équitable de la valeur car le cantonnement contraint l'entreprise d'assurance à redistribuer le résultat technique et financier au sein du canton. L'obligation d'établisse-

ment d'une comptabilité auxiliaire d'affectation est similaire à celle existant pour les PERP. Elle permet également de mieux garantir les droits des titulaires de PER en cas de défaillance de l'entreprise d'assurance comme le justifie les auteurs de l'étude d'impact du projet de loi PACTE : « les porteurs de PERCO sont propriétaires des parts et actions des organismes de placement collectif dans lesquels est investie leur épargne et ne sont pas exposés à un risque de contrepartie inhérent à leur prestataire financier. À l'inverse, les souscripteurs de produits assurantiels ne sont pas propriétaires des actifs financiers dans lesquels ces encours sont investis : ceux-ci figurent dans le bilan de l'entreprise d'assurance. Les souscripteurs de PERP bénéficient (ndlr : déjà) du cantonnement des actifs de retraite, qui crée à leur profit un privilège en cas d'insolvabilité de l'assureur. En revanche, les souscripteurs des contrats article 83 ou Madelin ne bénéficient pas (ndlr : avant la loi PACTE) d'une telle protection ».

Le compte de participation aux bénéfices du PER est établi séparément des autres engagements de l'entreprise d'assurance (C. assur., art. A. 132-14, al. dernier), et selon les mêmes modalités que le compte de participation aux bénéfices des opérations d'assurance vie (C. assur., art. A. 132-11, V). Ces deux dispositions ont été créées par l'article 5 de l'arrêté du 7 août 2019 précité. Pour de plus amples informations, voir n^{os} 3993 et s. et n^{os} 4056 et s.

Avant le 1^{er} janvier 2023, les entreprises d'assurance peuvent, avec l'approbation de l'ACPR, transférer au sein de la comptabilité auxiliaire d'affectation mentionnée à l'article L. 142-4 précité tout ou partie de leur portefeuille d'engagements correspondant aux contrats Madelin, contrats PERP, contrats « article

83 », contrats à prestations définies dont l'exécution est liée à la cessation d'activité professionnelle, notamment ceux mentionnés aux articles L. 137-11 et L. 137-11-2 du Code de la sécurité sociale, contrats d'indemnités de fin de carrière mentionnés au 3^o de l'article 998 du Code général des impôts, et contrats à cotisations définies visant à la constitution d'une prestation versée en rente viagère et correspondant à des avantages mentionnés à l'article 82 du Code général des impôts (C. assur., art. L. 142-7).

4523

Conditions tarifaires

Les tarifs pratiqués par les organismes d'assurance au titre des PER sont établis d'après un taux d'intérêt techniques au plus égal à 0 % (C. assur., art. L. 142-2 et A. 142-1).

4524

Garanties des ayants droit du PER

Les titulaires de PER, et leur ayants-droit ont un privilège sur les actifs du plan (C. assur., art. L. 142-5) et en cas d'insuffisance de couverture des engagements figurant dans la comptabilité auxiliaire d'affectation, l'entreprise d'assurance et le souscripteur doivent convenir d'un plan de redressement (C. assur., art. L. 142-6).

4525

Synthèse des caractéristiques des PER

Nature	PER Collectif d'entreprise		PER Individuel
	— Compte Titres — Contrat d'assurance — Contrat FRPS		— Compte Titres — Contrat d'assurance — Contrat FRPS
Adhérents	PER obligatoire Catégories de salariés ou tous les salariés	PER universel collectif Tous les salariés	Tout public
Versements	— 1. Versements obligatoires — 2. Versements volontaires — 3. Épargne salariale et compte épargne-temps — 4. Par transfert : - versements volontaires, - épargne salariale, et compte épargne-temps, - versements obligatoires	— 1. Versements volontaires — 2. Épargne salariale, abondement de l'entreprise, compte épargne-temps, versement « initial » ou « périodiques » de l'entreprise — 3. Si l'entreprise l'a décidé : versements obligatoires (C. mon. fin., art. L. 224-28) — 4. Par transfert : versements obligatoires	— 1. Versements volontaires — 2. Par transfert : - épargne salariale, compte épargne-temps, - versements obligatoires
Options de sortie	Rente viagère avec option de réversion	— Capital avec fractionnement possible et/ou rente — ou Rente irrévocable (avec option de réversion)	— Capital avec fractionnement possible et/ou rente — ou Rente irrévocable (avec option de réversion)
Déblocage anticipé	— Décès conjoint ou Pacsé — Invalidité du titulaire, ses enfants, son conjoint ou Pacsé — Surendettement du titulaire — Expiration des droits à l'assurance chômage du titulaire — Cessation d'activité non salariée suite à liquidation judiciaire ou procédure de conciliation — Acquisition de la résidence principale		
Transferts	— Accueil des versements provenant de tous les plans — Jusqu'au 1 ^{er} janvier 2023, fonds provenant de l'assurance vie		
Gestion financière	Gestion pilotée « à horizon » par défaut		
	Gestion libre (dont fonds RSE)		Gestion libre
Gouvernance	Les salariés de l'entreprise sont associés aux prises de décisions concernant la gestion de l'épargne		Association représentant les intérêts des épargnants

PARTIE 6 Les marchés publics d'assurance

CHAPITRE 1
Introduction

SOMMAIRE

Problématique	4879	Marchés publics d'assurance : articulation entre droit administratif, droit des marchés publics et droit des assurances	4882
Évolution du régime juridique applicable	4880	Objet de l'étude	4883
Évolution de la nature juridique	4881		

4879 Problématique

À l'instar de toute personne privée, l'État et les collectivités publiques ont recours à l'assurance.

Les contrats conclus par les personnes publiques, appelés *marchés publics*, sont soumis à un corps de règles particulières, réunies aujourd'hui au sein du Code de la commande publique. Un des objectifs principaux recherché par ces règles, est d'assurer la liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures (CCP, art. L. 3). À cette fin, sont notamment prévues des formalités de publicité et de mise en concurrence pour la passation de ces marchés.

Le contrat d'assurance est, quant à lui, un contrat de droit privé, régi par un corps de règles spécifiques, le droit des assurances.

La problématique est donc la suivante : les contrats d'assurance conclus par des personnes de droit public sont-ils uniquement régis par le droit des assurances ? Uniquement par le droit des marchés publics ? Ou doivent-ils obéir concomitamment aux règles issues de ces deux droits ? Comment s'articulent ces deux droits ? Ces contrats sont-ils des contrats de droit privé ou de droit administratif ? De quel juge relève leur contentieux ?

4880 Évolution du régime juridique applicable

a) Émergence des « marchés publics d'assurance » sous l'influence du droit communautaire

Durant de nombreuses années, la question du régime applicable à ces marchés s'est posée. A été particulièrement débattue la question de la soumission des contrats d'assurance passés par les personnes publiques, aux dispositions du Code des marchés publics, comme pour tout marché public.

En 1984, le Conseil d'État a refusé d'appliquer les règles de passation propres aux marchés publics, aux contrats d'assurance conclus par des personnes publiques en affirmant :

« Le Code des assurances soumet les contrats d'assurances en raison de leur nature à un régime propre qui a pour effet de les exclure du champ d'application du Code des marchés publics » et « aucun principe général du droit n'oblige les collectivités publiques à recourir au préalable à la concurrence

lors de la passation de leurs contrats d'assurances » (CE, 12 oct. 1984, n° 34671, *Chambre syndicale des agents généraux d'assurance des Hautes-Pyrénées*).

Les contrats d'assurance conclus par les personnes publiques n'étaient donc pas régis par le Code des marchés publics ; leur conclusion étant alors libérée des formalités de passation imposées pour les marchés publics.

Entérinée durant plusieurs années, la question de la soumission des contrats d'assurance au Code des marchés publics a repris son ampleur lors de la publication de la directive du 18 juin 1992 (Dir. n° 92/50/CEE, 18 juin 1992, JOCE 24 juill., n° L 209). Cette directive, dont l'objet était de coordonner les procédures de passation des marchés publics de services, visait expressément les « services d'assurances » parmi la liste des services devant être soumis aux règles de concurrence qu'elle instaurait. La directive du 18 juin 1992 – abrogée et remplacée par la directive du 31 mars 2004 (Dir. n° 2004/18/CE, 31 mars 2004, JOUE 30 avr., n° L 134, abrogée par Dir. Cons. UE n° 2014/24, 26 févr. 2014, JOUE 28 mars 2014, n° L 94) – a été transposée en France par un décret du 27 février 1998 (D. n° 98-111, 27 févr. 1998, JO 28 févr. ; Leguay G. et Dubois P., Une révolution en assurance ? Nouvelle réglementation en matière de marchés publics de services d'assurance, RD imm. 1998, p. 665). Depuis ce décret, il est admis que les contrats d'assurance souscrits par des personnes publiques sont soumis aux règles de passation des marchés publics.

b) Principales réformes du Code des marchés publics depuis le décret n° 98-111 du 27 février 1998

1. Principales réformes jusqu'au Code des marchés publics de 2006

Sur une période de huit ans, le Code des marchés publics a connu quatre grandes séries de réformes.

Après avoir été modifié en 1998 par le décret n° 98-111 du 27 février 1998 (JO 28 févr.), qui transposait la directive n° 92/50/CEE du 18 juin 1992 (JOCE 24 juill., n° L 209), le Code des marchés publics a été une nouvelle fois réformé par le décret du 7 mars 2001 (D. n° 2001-210, 7 mars 2001, JO 8 mars).

La Commission européenne ayant néanmoins estimé que certaines dispositions du Code des marchés publics, dans sa version issue du décret de 2001, n'étaient pas compatibles avec la réglementation communautaire (Communiqué

Comm. CE n° IP/02/1507, 17 oct. 2002), le Code des marchés publics de 2001 a été abrogé par le décret du 7 janvier 2004 (D. n° 2004-15, 7 janv. 2004, JO 8 janv.).

Une réforme du Code des marchés publics de 2004 est par la suite également devenue nécessaire à la fois du fait de sa compatibilité discutée avec les dispositions communautaires, mais également du fait de l'adoption, le 31 mars 2004, des directives communautaires en matière de marchés publics (Dir. n° 2004/17/CE, 31 mars 2004, JOUE 30 avr., n° L 134, abrogée par Dir. n° 2014/25/UE, 26 févr. 2014, JOUE 28 mars, n° L 94 ; Dir. n° 2004/18/CE, 31 mars 2004, JOUE 30 avr., n° L 134, abrogée par Dir. n° 2014/24/UE, 26 févr. 2014, JOUE 28 mars, n° L 94).

Une nouvelle version du Code des marchés publics a été publiée par le décret du 1^{er} août 2006 (D. n° 2006-975, 1^{er} août 2006, JO 4 août), assorti de la circulaire du 3 août 2006 portant manuel d'application (Circ. 3 août 2006, NOR : ECOM0620004C, JO 4 août) – aujourd'hui abrogée – et de nombreux arrêtés.

Le Code des marchés publics version 2006 est entré en vigueur au 1^{er} septembre 2006 (D. n° 2006-975, 1^{er} août 2006, JO 4 août, art. 8).

La conformité au droit communautaire, des dispositions issues du Code des marchés publics de 2006, a été évoquée. Par trois avis motivés adressés à l'État français le 27 juin 2007, la Commission européenne a, une nouvelle fois, constaté que certaines dispositions législatives françaises issues du Code des marchés publics n'étaient pas conformes au droit communautaire (Communiqué Comm. CE n° IP/07/922, 27 juin 2007).

En outre, le Conseil d'État a, par un arrêt en date du 9 juillet 2007 (CE, 9 juill. 2007, n°s 297711, 297870, 297892, 297919, 297937, 297955, 298086, 298086, 298087, 301171 et 301238, *Synd. EGF-BTP et a.*, AJDA 2007, p. 1593, note Dreyfus J.-D.), partiellement annulé certaines dispositions du Code des marchés publics de 2006 (C. marchés publ., art. 60, 65 et 67, abrogés par Ord. n° 2015-899, 23 juill. 2015, JO 24 juill.) et de la circulaire du 3 août 2006 (Circ. 3 août 2006, NOR : ECOM0620004C, JO 4 août) portant manuel d'application dudit Code (point 10.2.3).

Dans la mesure, notamment, où de nombreuses réformes et décisions jurisprudentielles sont intervenues depuis 2006, a été élaboré un *Guide de bonnes pratiques en matière de marchés publics*, dont l'objectif était de permettre un accès facile et simplifié à la législation relative aux marchés publics. Diffusé sous la forme de circulaire (Circ. 29 déc. 2009, NOR : ECEM0928770C, remplacée par Circ. 14 févr. 2012, NOR : EFIM1201512C), le Guide a été mis à jour par la Direction des affaires juridiques (DAJ) du ministère de l'Économie en septembre 2014. À toutes fins utiles, il convient de noter que ce Guide n'a aucune portée réglementaire.

À l'occasion de la transposition des deux directives européennes du 26 février 2014 (Dir. n° 2014/24/UE, 26 févr. 2014, JOUE 28 mars, n° L 94 et Dir. n° 2014/25/UE, 26 févr. 2014, JOUE 28 mars, n° L 94), le Gouvernement a choisi, afin de simplifier l'architecture juridique existante, d'abroger le Code des marchés publics et rassembler au sein d'un seul texte les règles communes applicables aux contrats constituant des « marchés publics » au sens du droit européen.

2. Abrogation du Code des marchés publics de 2006 et nouvelle réforme du droit de la commande publique

Afin notamment d'accroître l'efficacité de la dépense publique et d'éclaircir certains concepts et notions fondamentaux, deux nouvelles directives européennes sur la passation des marchés publics ont été adoptées le 26 février 2014 (Dir. n° 2014/24/UE, 26 févr. 2014, JOUE 28 mars, n° L 94 et Dir. n° 2014/25/UE, 26 févr. 2014, JOUE 28 mars, n° L 94). Ces directives sont en vigueur depuis le 17 avril 2014 et devaient être transposées par les États membres avant le 18 avril 2016 ; un délai supplémentaire étant prévu s'agissant des dispositions en matière de dématérialisation des marchés publics.

Certaines mesures de simplification des procédures prévues par ces directives ont été transposées en droit français, de façon accélérée, par un décret du 26 septembre 2014 (D. n° 2014-1097, 26 sept. 2014, JO 28 sept.), dont les dispositions sont entrées en vigueur le 1^{er} octobre 2014. Sont notamment consacrés le principe du plafonnement des exigences des acheteurs publics en termes de capacités financières des candidats, l'impossibilité pour les acheteurs publics de réclamer aux entreprises candidates des documents accessibles gratuitement en ligne, et la création du « partenariat d'innovation », nouveau type de marché public.

Le Gouvernement a été autorisé à transposer les directives « marchés publics » susvisées par voie d'ordonnance (L. n° 2014-1545, 20 déc. 2014, JO 21 déc., art. 42). C'est l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics – aujourd'hui abrogée (Ord. n° 2018-1074, 26 nov. 2018, JO 5 déc., art. 18) mais dont les dispositions ont été reprises au sein du CCP – qui assure la transposition du volet législatif des directives (Ord. n° 2015-899, 23 juill. 2015, JO 24 juill. ; AJCT 2015, p. 446, note Hul S. ; Pourcel E., Ordonnance 2015 relative aux marchés publics : l'achèvement d'une concurrence mondialisée ?, *Tribune assur.*, 19 janv. 2016, p. 1 à 7 ; Brenet F., Les nouvelles bases du droit des marchés publics, *AJDA* 2015, p. 1783) ; le volet réglementaire ayant été transposé par deux décrets du 25 mars 2016 (D. n° 2016-360, 25 mars 2016, JO 27 mars, relatif aux marchés publics et D. n° 2016-361, 25 mars 2016, JO 27 mars, relatif aux marchés publics de défense ou de sécurité) – aujourd'hui abrogés (D. n° 2018-1075, 3 déc. 2018, JO 5 déc., art. 14) mais dont les dispositions ont été reprises au sein du CCP. Trois axes ont guidé cette réforme de la commande publique : le soutien aux petites entreprises, la simplification des textes et la modernisation du droit.

Achevant la transposition des directives « marchés publics », l'ordonnance n° 2015-899 et ses décrets d'application n° 2016-360 et 2016-361 susvisés, ont participé en effet à la simplification de l'architecture juridique existante. L'ensemble des règles relatives aux « marchés publics » au sens des directives européennes, qui jusqu'alors étaient énoncées par différents textes juridiques (notamment le Code des marchés publics, l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au Code des marchés publics et l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat), a pu être rassemblé au sein d'un même corpus juridique : l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015.

L'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 et ses décrets d'application n° 2016-360 (marchés publics) et 2016-361 (marchés de défense ou de sécurité) du 25 mars 2016 sont entrés en vigueur le 1^{er} avril 2016. Abrogés depuis l'entrée en vigueur du Code de la commande publique (Ord. n° 2018-1074, 26 nov. 2018, JO 5 déc., art. 18 ; D. n° 2018-1075, 3 déc. 2018, JO 5 déc., art. 14), ces textes demeurent applicables aux marchés publics pour lesquels une consultation a été engagée ou un avis d'appel à la concurrence envoyé à la publication avant le 1^{er} avril 2019.

L'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 a été ratifiée par une loi du 9 décembre 2016 – dite *Sapin 2* – (L. n° 2016-1691, 9 déc. 2016, JO 10 déc., art. 39), qui autorisait par ailleurs le Gouvernement à procéder par voie d'ordonnance, dans un délai de vingt-quatre mois à compter de la promulgation de la loi, à l'adoption de la partie législative du *Code de la commande publique* (L. n° 2016-1691, 9 déc. 2016, JO 10 déc., art. 38).

c) Naissance d'un Code de la commande publique

La réunion de l'ensemble des règles relatives à la *commande publique*, au sein d'un même code, a fait l'objet de plusieurs tentatives restées infructueuses ces vingt dernières années. C'est finalement en décembre 2018 que le Code de la commande publique a pu paraître. Par l'ordonnance n° 2018-1074 du 26 novembre 2018 (Ord. n° 2018-1074, 26 nov. 2018, JO 5 déc.) et le décret n° 2018-1075 du 3 décembre 2018 (D. n° 2018-1075, 3 déc. 2018, JO 5 déc.) ont respectivement été publiées la partie législative ainsi que la partie réglementaire du Code de la commande publique (v. dossier : Le code

de la commande publique, RFDA 2019, p. 197 ; Dacosta B. et Roussel S., L'écriture du code, AJDA 2019, p. 376 ; Code de la commande publique : publication de l'ordonnance et du décret, JCP E, n° 50, 13 déc. 2018, act. 928 ; v. aussi la fiche "Présentation du code de la commande publique" établie par la DAJ <https://www.economie.gouv.fr/dajf>.

Sur le fondement de la loi du 9 décembre 2016 susvisée (L. n° 2016-1691, 9 déc. 2016, JO 10 déc., art. 39), le gouvernement avait été habilité à procéder, par voie d'ordonnance, à l'adoption de la partie législative du Code de la commande publique ; le code ayant pour objet de regrouper et organiser les règles relatives aux différents contrats de commande publique, à savoir les marchés publics et les contrats de concession (L. n° 2016-1691, 9 déc. 2016, JO 10 déc., art. 38). Le travail de codification de la partie législative par voie d'ordonnance effectué par le gouvernement devait être opéré à *droit constant* ; les modifications possibles des règles existantes étant largement encadrées (demeuraient notamment admises les modifications nécessaires pour assurer le respect de la hiérarchie des normes et la cohérence rédactionnelle des textes rassemblés, harmoniser l'état du droit, remédier aux éventuelles erreurs et abroger les dispositions devenues sans objet). Selon un auteur, ce code « s'inscrit par conséquent dans la catégorie des codes qui reforment et non qui réforment » (Jourdan F., Le nouveau Code de la commande publique : mode d'emploi, JCP A 2019, n° 13 ; v. aussi Ubaud Bergeron M., Passation et exécution : le code de la commande publique innove-t-il ?, RFDA 2019, p. 219). Le Code de la commande publique codifie également certains principes et solutions jurisprudentiels, ce qui n'est pas sans laisser subsister certaines interrogations (Melleray F. et Noguellou R., La codification de règles jurisprudentielles, AJDA 2019, p. 381 ; Maugué C. et Roussel S., La codification de la jurisprudence dans le code de la commande publique : jusqu'où ?, RFDA 2019, p. 213).

Le Code de la commande publique est organisé en trois parties principales : la première est consacrée aux « Définitions et champ d'application », la deuxième aux « Marchés publics » et la troisième aux « Concessions ». Les dispositions sont organisées de façon chronologique, en fonction de la vie du contrat.

Ces dispositions régissent les marchés publics ainsi que les contrats relevant de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, pour lesquels une consultation est engagée ou un avis d'appel à la concurrence est envoyé à la publication à compter du 1^{er} avril 2019 (Ord. n° 2018-1074, 26 nov. 2018, JO 5 déc., art. 20).

Sans modification majeure, le Code de la commande publique reprend la réglementation éparse applicable aux différents contrats de commande publique et codifie notamment, s'agissant des marchés publics, les dispositions de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics (Ord. n° 2015-899, 23 juill. 2015, JO 24 juill.) ainsi que ses décrets d'application (D. n° 2016-360, 25 mars 2016, JO 27 mars, relatif aux marchés publics et D. n° 2016-361, 25 mars 2016, JO 27 mars, relatif aux marchés publics de défense ou de sécurité).

En conclusion, les marchés d'assurance conclus par des personnes publiques, sont depuis le décret du 27 février 1998 (D. n° 98-111, 27 févr. 1998, JO 28 févr.), soumis aux règles générales applicables aux marchés publics. Ces règles sont aujourd'hui réunies au sein du Code de la commande publique, entré en vigueur le 1^{er} avril 2019. Les marchés publics pour lesquels une consultation a été engagée ou un avis d'appel à la concurrence envoyé à la publication avant cette date restent soumis aux dispositions de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 (JO 24 juill.) et de son décret d'application (D. n° 2016-360, 25 mars 2016, JO 27 mars).

privé. Un auteur relève « ils ne constituaient pas encore des contrats administratifs mais simplement, et assez curieusement, des marchés publics soumis au juge judiciaire » (Bonnefont R., Les clauses d'exclusion de garantie des marchés publics d'assurance, AJDA 2015, p. 2101).

Néanmoins, la loi dite *MURCEF* pose en 2001 le principe selon lequel : « Les marchés passés en application du code des marchés publics ont le caractère de contrats administratifs. Toutefois, le juge judiciaire demeure compétent pour connaître des litiges qui relevaient de sa compétence et qui ont été portés devant lui avant la date d'entrée en vigueur de la présente loi » (L. n° 2001-1168, 11 déc. 2001, portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier, JO 12 déc., art. 2, I – article abrogé par Ord. n° 2015-899, 23 juill. 2015, JO 24 juill., art. 102). Comme le souligne un auteur, « Désormais, un contrat pourra être administratif par simple référence aux modes de passation du Code des marchés publics, qu'il contienne ou non des clauses exorbitantes du droit commun, qu'il fasse participer ou non le cocontractant à la gestion d'un service public » (Moderne F., Faut-il vraiment « administrativiser » l'ensemble des marchés publics ?, AJDA 2001, p. 707).

Conformément aux dispositions de la loi du 11 décembre 2001, les contrats d'assurance conclus en application du Code des marchés publics, doivent être considérés comme des contrats administratifs, relevant de la compétence du juge administratif (v. par exemple TC, 22 mai 2006, n° 3503, AJDA 2006, p. 1741, v. Courtieu G., Contrat administratif d'assurance, JCP E 2002, n° 951 ; Kullmann J., La prédiction d'un nouveau facteur d'insécurité juridique dû à l'apparition d'un nouveau monstre : le contrat d'assurance administratif, JCP G 2002, I, n° 116 ; Cass. 2^e civ., 24 mai 2012, n° 11-20.097 ; CAA Aix-en-provence, 2^e ch., 26 févr. 2015, n° 14/12281 ; TC, 8 oct. 2018, n° 4125). Il est à noter que, d'après la loi précitée, doivent être considérés comme administratifs uniquement les « marchés passés en application du Code des marchés publics ». La loi du 11 décembre 2001 n'inclut pas dans son champ d'application les marchés passés en dehors du Code des marchés publics. Les marchés publics d'assurance conclus avant le décret du 27 février 1998 (D. n° 98-111, 27 févr. 1998, JO 28 févr.), c'est-à-dire sans application des formalités de passation prévues par le Code des marchés publics, sont donc en dehors du champ d'application de cette loi. C'est ce qu'a précisé la Cour de cassation par un arrêt du 23 février 2011 : « les contrats d'assurance, conclus par une personne publique, ne sont des marchés publics ayant le caractère de contrats administratifs, que s'ils sont soumis au Code des marchés publics », pour en conclure l'inapplicabilité de la loi de 2001 « c'est par une violation de la loi du 11 décembre 2001 que la cour d'appel de Chambéry a estimé que le contrat passé le 25 août 1993 qui n'était pas soumis, à cette date, au Code des marchés publics, était un contrat administratif de la compétence du juge administratif » (Cass. 1^{re} civ., 23 févr. 2011, n° 09-15.272, Bull. civ. I, n° 40, AJDA 2011, p. 419, D. 2011, p. 757). Cette solution a également été réaffirmée par le Conseil d'État (CE, 6 juin 2012, n° 346126, *Commune de la Vallée au Blé*, Contrats marchés publ. 2012, comm. 244 ; v. également CAA Lyon, ch. 4, 25 sept. 2014, n° 13LY02285, *Compagnie AXA France*) et par le Tribunal des conflits (T. confl., 18 nov. 2013, n° C3921, AJDA 2013, p. 2341, note Poupeau D.). La loi du 11 décembre 2001 ne s'applique donc pas aux marchés publics d'assurance conclus avant le décret du 27 février 1998 (D. n° 98-111, 27 févr. 1998, JO 28 févr.), peu important la date d'introduction du litige afférant à ces marchés.

Dès lors que le contrat d'assurance conclu par une personne publique présente le caractère d'un contrat administratif, l'action directe ouverte par l'article L. 124-3 du Code des assurances à la victime d'un dommage, à l'encontre de l'assureur de la personne publique, est également soumise à la compétence du juge administratif « Si l'action directe ouverte par l'article L. 124-3 du Code des assurances à la victime d'un dommage, ou à l'assureur de celle-ci subrogé dans ses droits, contre l'assureur de l'auteur responsable du sinistre, tend à la réparation du préjudice subi par la victime, elle poursuit l'exécution de l'obligation de réparer qui pèse sur l'assureur en vertu du contrat d'assurance. Elle relève par suite, comme l'action en garantie

Avant 2001, les contrats d'assurance conclus par des personnes publiques relevant du champ d'application du Code des marchés publics, étaient considérés comme des *contrats de droit*

exercée, le cas échéant, par l'auteur du dommage contre son assureur, de la compétence de la juridiction administrative, dès lors que le contrat d'assurance présente le caractère d'un contrat administratif et que le litige n'a pas été porté devant une juridiction judiciaire avant la date d'entrée en vigueur de la loi du 11 décembre 2001 » (CE, avis, 31 mars 2010, n° 333627, JCP G 2010, n° 15, 422, note Erstein L., RD imm. 2010, p. 497, note Galland A., RTD com. 2010, p. 697, note Orsoni G., AJDA 2010, p. 702, note Aït-El-Kadi Z. ; CAA Marseille, 3 janv. 2013, n° 11MA03064 ; CAA Lyon, ch. 6, 26 déc. 2013, n° 12LY02212 ; CAA Nantes, ch. 3, 18 déc. 2014, n° 13NT02499 ; Cass. 1^{re} civ., 24 oct. 2018, n° 17-31.306, RCA n° 1, févr. 2019, comm. 28, note Bloch L.). De façon plus générale, les litiges survenant dans le cadre de l'exécution d'un marché public d'assurance relèvent de la compétence du juge administratif (v. par exemple, CE, 21 mai 2012, n° 350490, *Commune de Longlaville* ; s'agissant de l'appréciation de la validité des clauses d'exclusion de garantie : CAA Marseille, 30 janv. 2015, n° 14MA01490 ; AJDA 2015, p. 2101, note Bonnefont R.).

Néanmoins, il convient de noter que lorsque l'acheteur public est victime d'un dommage causé par le titulaire d'un marché public *personne privée*, l'action directe exercée à l'encontre de l'assureur de l'auteur du dommage, relève de la compétence des juridictions de l'ordre judiciaire. Une telle action tend au paiement des sommes dues par l'assureur au titre de ses obligations de droit privé. C'est ce qu'a jugé le Tribunal des Conflits : « Considérant que si l'action directe ouverte par l'article L. 124-3 du Code des assurances à la victime d'un dommage ou à l'assureur de celle-ci subrogé dans ses droits, contre l'assureur de l'auteur responsable du sinistre, tend à la réparation du préjudice subi par la victime, elle se distingue de l'action en responsabilité contre l'auteur du dommage en ce qu'elle poursuit l'exécution de l'obligation de réparer qui pèse sur l'assureur en vertu du contrat d'assurance ; qu'il s'ensuit qu'il n'appartient qu'aux juridictions de l'ordre judiciaire de connaître des actions tendant au paiement des sommes dues par un assureur au titre de ses obligations de droit privé, alors même que l'appréciation de la responsabilité de son assuré dans la réalisation du fait dommageable relèverait de la juridiction administrative » (T. confl., 15 avr. 2013, n° C3892 ; v. également CAA Lyon, ch. 4, 25 sept. 2014, n° 13LY02285, *Compagnie AXA France*). L'appréciation de la responsabilité de l'assuré titulaire d'un marché public demeure, quant à elle, de la compétence du juge administratif (v. par exemple, Cass. 1^{re} civ., 9 juin 2010, n° 09-13.026, Bull. civ. I, n° 134, RD imm. 2010, p. 500, note Delaunay B.).

L'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 qui abroge les dispositions de l'article 2 de la loi *MURCEF* (L. n° 2001-1168, 11 déc. 2001, portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier, JO 12 déc.) susvisé, en tant qu'elles concernent des personnes soumises à ladite ordonnance, prévoyait que « les marchés publics relevant de la présente ordonnance passés par des personnes morales de droit public sont des contrats administratifs » (Ord. n° 2015-899, 23 juill. 2015, JO 24 juill., art. 3 et art. 102 –aujourd'hui abrogée). Tous les marchés publics qui relèvent de l'ordonnance du 23 juillet 2015, passés par des personnes morales de droit public, sont qualifiés de *contrats administratifs* ; y compris ceux conclus par certains acheteurs non soumis au Code des marchés publics (comme par exemple les personnes soumises à l'ordonnance du 6 juin 2005 ; voir n° 4890). Comme le souligne un auteur « l'administrativité par détermination de la loi (l'ordonnance une fois ratifiée aura valeur législative) concernera un plus grand nombre de contrats » (Dreyfus J.-D., *Marché public et contrat administratif* vont-ils nécessairement de pair ?, AJCT 2015, p. 623).

Le principe de « l'administrativité » des contrats passés par les personnes morales de droit public est également repris par le Code de la commande publique (CCP, art. L. 6) en vigueur depuis le 1^{er} avril 2019.

4882

Marchés publics d'assurance : articulation entre droit administratif, droit des marchés publics et droit des assurances

Après plusieurs réformes du droit de la commande publique, les marchés publics ayant pour objet des services d'assurance restent aujourd'hui soumis, en ce qui concerne leur passation, aux règles générales applicables aux marchés publics passés par les acheteurs (pour leur soumission au Code des marchés publics : v. C. marchés publ., art. 29, abrogé par Ord. n° 2015-899, 23 juill. 2015, JO 24 juill., art. 102).

Les incidences de l'application de ce régime juridique, sur les accords-cadres et marchés de services d'assurances, sont synthétiquement présentées par la circulaire du 24 décembre 2007 relative à la passation des marchés publics d'assurance (Circ. 24 déc. 2007, NOR : ECEM0755510C, JO 10 avr. 2008, AJDA 2008, p. 785, note Royer E.), qui rappelle le principe de soumission des contrats d'assurance au droit des marchés publics :

« Les contrats relatifs aux services d'assurances qui sont conclus par les pouvoirs adjudicateurs cités au point 2 ci-après entrent dans le champ d'application du Code des marchés publics. Les services d'assurances figurent en effet expressément à l'article 29 qui fixe la liste des services soumis, pour leur passation, au titre III du Code des marchés publics (relatif à la procédure de passation des marchés) ».

En outre, la question de l'articulation entre les dispositions du Code des assurances et celles relatives aux marchés publics (énoncées jusqu'à récemment par l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, abrogée et reprise par le Code de la commande publique) est envisagée, de façon concrète, par le *Guide pratique pour la passation des marchés publics d'assurances des collectivités locales*. Ce Guide, annoncé par la circulaire du 24 décembre 2007 précitée, a été mis en ligne par le Gouvernement en juin 2008 (www.economie.gouv.fr).

Il n'a qu'une valeur indicative. Élaboré par un groupe de travail composé de représentants des acheteurs des collectivités locales, d'associations concernées, de sociétés d'assurance et d'administrations compétentes, ce guide a pour principal objectif de répondre aux questions pratiques auxquelles les acteurs de la passation des marchés publics d'assurances peuvent être confrontés. À cet égard, il a cherché à expliquer l'articulation entre les dispositions du Code des assurances et celles des marchés publics. Par ailleurs, il a également pour objectifs de constituer un outil d'aide à la détermination et à l'expression des besoins en matière d'assurances, ainsi que de clarifier les pratiques et rappeler les dispositions réglementaires en vigueur.

Néanmoins, la conciliation du droit administratif, du droit des marchés publics et du droit des assurances, tous trois applicables aux marchés publics d'assurance, reste difficile. Comme le souligne un auteur : « Les nombreuses incertitudes, incompatibilités et le peu de lisibilité du régime du contrat en résultant n'ont pas été dissipés par les rares éléments jurisprudentiels » (Sontag K., *Le marché public d'assurance, une figure juridique moderne*, RGDA 2009, p. 692).

4883

Objet de l'étude

La présente étude aura pour objet de définir les marchés d'assurance soumis au droit de la commande publique (chapitre 1), la procédure à suivre pour leur passation (chapitre 2) le contentieux y afférent (chapitre 3), ainsi que les règles régissant leur exécution (chapitre 4).

CHAPITRE 2

Les marchés d'assurance soumis au droit de la commande publique

SOMMAIRE

Introduction	4884	Ordonnance du 6 juin 2005	4890
SECTION 1		SOUS-SECTION 2	
Personnes soumises au droit des marchés publics		L'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015	
SOUS-SECTION 1		Généralités	
Antérieurement à l'ordonnance du 23 juillet 2015		4891	
Généralités	4885	Objectif d'unification des règles applicables	4892
Pouvoirs adjudicateurs, entités adjudicatrices et autres personnes	4886	Champ d'application	4893
§ 1. Les pouvoirs adjudicateurs		SOUS-SECTION 3	
Définition	4887	Le Code de la commande publique	
§ 2. Entités adjudicatrices		Marchés publics soumis	
Définition	4888	4894	
§ 3. Autres personnes concernées		SECTION 2	
Personnes de droit privé	4889	Typologie des assurances concernées	
		Référence aux « services d'assurances »	
		Fournisseur d'assurance	
		4895	
		4896	
		SECTION 3	
		Conclusion du marché à titre onéreux	
		Nécessité d'une rémunération	
		4897	

4884**Introduction**

Depuis la transposition de la directive du 18 juin 1992 (Dir. n° 92/50/CE, 18 juin 1992, JOCE 24 juill., n° L 209), par le décret du 27 février 1998 (D. n° 98-111, 27 févr. 1998, JO 28 févr.), il est admis que les marchés publics ayant pour objet un service d'assurance sont soumis aux règles de passation des marchés publics (voir n° 4880).

Le décret du 27 février 1998 (D. n° 98-111, 27 févr. 1998, JO 28 févr., art. 1^{er}) susvisé mentionne expressément les services d'assurance parmi la liste des services, dont la passation était soumise aux dispositions du Code des marchés publics. Le code prévoyait en effet que « sont soumis, en ce qui concerne leur passation, aux règles prévues par le présent titre les marchés publics et les accords-cadres ayant pour objet les services énumérés ci-dessous : (...) 6. Services financiers : services d'assurances, services bancaires et d'investissement, sous réserve des dispositions des 3° et 5° de l'article 3 » (C. marchés publ., art. 29, abrogé par Ord. n° 2015-899, 23 juill. 2015, JO 24 juill., art. 102).

Dans le contexte d'une réforme de la commande publique – poursuivant notamment un objectif de réduction et d'unification des textes relatifs aux « marchés publics » au sens du droit communautaire – le Code des marchés publics a été abrogé (pour plus de détails sur la réforme, voir n° 4880). Les règles générales régissant la passation et l'exécution des marchés publics ont été reprises par l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics (Ord. n° 2015-899, 23 juill. 2015, JO 24 juill.), complétée par ses décrets d'application du 25 mars 2016 (D. n° 2016-360, 25 mars 2016, JO 27 mars, relatif aux marchés publics et D. n° 2016-361, 25 mars 2016, JO 27 mars, relatif aux marchés publics de défense ou de sécurité). L'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 et ses décrets d'application susvisés ont par la suite été abrogés et repris sans modification majeure au sein du Code de la commande publique (Ord. n° 2018-1074, 26 nov. 2018, JO 5 déc., art. 18 et D. n° 2018-1075, 3 déc. 2018, JO 5 déc., art. 14 ; voir n° 4880).

Le Code de la commande publique est entré en vigueur le 1^{er} avril 2019 (Ord. n° 2018-1074, 26 nov. 2018, JO 5 déc., art. 20).

L'ordonnance du 23 juillet 2015 (Ord. n° 2015-899, 23 juill. 2015, JO 24 juill.) et son décret d'application (D. n° 2016-360, 25 mars 2016, JO 27 mars, relatif aux marchés publics) contiennent néanmoins de régir les marchés publics pour lesquels une consultation a été engagée, ou un avis d'appel à la concurrence envoyé à la publication, entre le 1^{er} avril 2016 et le 1^{er} avril 2019. Le Code des marchés publics, dans sa version abrogée à compter du 1^{er} avril 2016, reste néanmoins applicable aux procédures engagées sur son fondement avant cette date.

Quels marchés d'assurance relèvent du droit des marchés publics ?

Le Code de la commande publique a vocation à régir les contrats de commande publique, que sont les marchés publics et les concessions tels que définis par le code (CCP, art. L. 2). Au sens du Code, un « marché » est un « contrat conclu par un ou plusieurs acheteurs soumis au présent code avec un ou plusieurs opérateurs économiques, pour répondre à leurs besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services, en contrepartie d'un prix ou de tout équivalent » (CCP, art. L. 1111-1). La notion « d'accord-cadre » ne participe plus à la définition d'un « marché » comme c'était le cas avec les textes précédents (C. marchés publ., art. 1, 1, abrogé par Ord. n° 2015-899, 23 juill. 2015, JO 24 juill., art. 102 et art. 4), le Code de la commande publique la mentionne désormais parmi les techniques d'achat auxquelles l'acheteur peut recourir (CCP, art. L. 2125-1).

Au regard de ces dispositions qui définissent le champ d'application du Code de la commande publique, il ressort que les contrats d'assurance qui en relèvent – notamment pour leur passation – sont ceux conclus par une certaine catégorie de personnes (section 1) et ayant pour objet la prestation d'un « service d'assurances » (section 2). Il convient de noter que le marché doit être conclu à titre onéreux (section 3).

SECTION 1

Personnes soumises au droit des marchés publics

SOUS-SECTION 1

Antérieurement à l'ordonnance du 23 juillet 2015

4885 Généralités

On rappellera que, bien qu'abrogé le 1^{er} avril 2016 par l'ordonnance du 23 juillet 2015 (Ord. n° 2015-899, 23 juill. 2015, JO 24 juill., art. 102), le Code des marchés publics de 2006 reste applicable aux procédures engagées sur son fondement avant cette date.

Le Code des marchés publics dans sa dernière version de 2006 prévoyait que ses dispositions étaient applicables aux « marchés publics », entendus comme « les contrats conclus à titre onéreux entre les pouvoirs adjudicateurs définis à l'article 2 et des opérateurs économiques publics ou privés, pour répondre à leurs besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services » (C. marchés publ., art. 1, I, abrogé par Ord. n° 2015-899, 23 juill. 2015, JO 24 juill., art. 102), et aux « accords-cadres », définis comme « les contrats conclus entre un des pouvoirs adjudicateurs définis à l'article 2 et des opérateurs économiques

publics ou privés, ayant pour objet d'établir les termes régissant les marchés à passer au cours d'une période donnée, notamment en ce qui concerne les prix et, le cas échéant, les quantités envisagées » (C. marchés publ., art. 1, I, abrogé par Ord. n° 2015-899, 23 juill. 2015, JO 24 juill., art. 102).

4886 Pouvoirs adjudicateurs, entités adjudicatrices et autres personnes

Le Code des marchés publics de 2006 s'organise en deux parties, l'une étant consacrée aux dispositions applicables aux pouvoirs adjudicateurs, la seconde aux dispositions applicables aux entités adjudicatrices.

D'autres personnes peuvent également être concernées par l'application des règles de passation dans certains cas.

§ 1. Les pouvoirs adjudicateurs

4887 Définition

La première partie du Code des marchés publics est applicable aux marchés publics et aux accords-cadres conclus entre les pouvoirs adjudicateurs définis à l'article 2 et des opérateurs publics ou privés.

Les pouvoirs adjudicateurs soumis aux dispositions du Code des marchés publics et visés par l'article 2 sont :

- l'État et ses établissements publics autres que ceux ayant un caractère industriel et commercial ;
- les collectivités territoriales (à savoir notamment les régions, départements, communes) et les établissements publics locaux.

Par conséquent, sont notamment exclus du champ d'application du Code des marchés publics les établissements publics industriels et commerciaux nationaux, ainsi que certaines personnes publiques à statut particulier (tels la Banque de France ou les groupements de droit privé formés entre des collectivités publiques).

Il est à noter que certaines règles relatives aux procédures de passation des marchés peuvent être légèrement différentes (v. *infra*), selon que le marché est conclu par l'État ou par une collectivité territoriale (par exemple, pour certaines procédures, le montant des seuils imposé est plus élevé lorsqu'elles sont mises en œuvre par les collectivités territoriales).

§ 2. Entités adjudicatrices

4888 Définition

La seconde partie du Code est applicable « aux marchés et accords-cadres passés par les entités adjudicatrices » (C. marchés publ., art. 134, abrogé par Ord. n° 2015-899, 23 juill. 2015, JO 24 juill., art. 102).

Les entités adjudicatrices sont les pouvoirs adjudicateurs définis à l'article 2, lorsqu'ils exercent une des activités d'opérateurs de réseaux énumérées à l'article 135 (abrogé par Ord. n° 2015-899, 23 juill. 2015, JO 24 juill., art. 102).

Parmi la liste des activités d'opérateurs de réseaux qui confèrent aux pouvoirs adjudicateurs la qualité d'entité adjudicatrice, se trouvent notamment celles relatives à l'eau, à l'énergie, aux transports et aux services postaux.

Les entités adjudicatrices sont soumises aux mêmes règles que les pouvoirs adjudicateurs, à l'exception de dérogations spécifiques expressément prévues par le code.

Comme le soulignait la circulaire du 3 août 2006 portant manuel d'application du code des marchés publics (Circ. 3 août 2006, NOR : ECOM0620004C, JO 4 août, depuis abrogée), les règles de procédure applicables à la passation des marchés publics par des entités adjudicatrices sont plus souples que celles applicables aux pouvoirs adjudicateurs notamment quant aux seuils applicables, au choix des procédures et au nombre minimal de candidats admis.

§ 3. Autres personnes concernées

4889 Personnes de droit privé

La circulaire du 14 février 2012 relative au *Guide de bonnes pratiques en matière de marchés publics* rappelle qu'en principe, les personnes privées ne relèvent pas du champ d'application du Code des marchés publics (Circ. 14 févr. 2012, NOR : EFIM1201512C, JO 15 févr., art. 1.2). Il en va néanmoins autrement, dans différentes hypothèses.

Lorsqu'une personne privée est mandataire d'une personne publique elle-même soumise aux dispositions du code, elle doit respecter les dispositions prévues par le code pour les marchés passés en exécution de ce mandat.

Par ailleurs, les personnes morales de droit privé qui participent à un groupement de commandes avec des personnes publiques soumises au Code des marchés publics doivent, pour les achats qu'elles réalisent dans le cadre du groupement, appliquer les règles prévues par le code.

4890 Ordonnance du 6 juin 2005

Certaines personnes privées, et mêmes publiques, non concernées par le Code des marchés publics, sont soumises à des obligations de mise en concurrence imposées par le droit communautaire, transposées par l'ordonnance du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au Code des marchés publics (Ord. n° 2005-649, 6 juin 2005, JO 7 juin, abrogée par Ord. n° 2015-899, 23 juill. 2015, JO 24 juill., art. 102).

Sont notamment concernés par cette réglementation les établissements publics à caractère scientifique et technologique pour les achats concernant leurs activités de recherche, les établissements publics à caractère industriel et commercial ou les groupements de droit privé formés entre des collectivités publiques.

L'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 – aujourd'hui abrogée (Ord. n° 2018-1074, 26 nov. 2018, JO 5 déc., art. 18) – abroge l'ordonnance du 6 juin 2005 à compter du 1^{er} avril 2016, afin de réunir au sein d'un seul texte l'ensemble des textes relatifs aux « marchés publics » au sens des directives européennes.

SOUS-SECTION 2

L'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015

4891 Généralités

Comme indiqué *supra*, abrogée depuis l'entrée en vigueur du Code de la commande publique (Ord. n° 2018-1074, 26 nov. 2018, JO 5 déc., art. 18 ; D. n° 2018-1075, 3 déc. 2018, JO 5 déc., art. 14), l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 demeure néanmoins applicable aux marchés

publics pour lesquels une consultation a été engagée ou un avis d'appel à la concurrence envoyé à la publication avant le 1^{er} avril 2019.

L'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 prévoit que les marchés publics qui relèvent de son champ d'application sont les « marchés », entendus comme les « contrats conclus à titre onéreux par un ou plusieurs acheteurs soumis à la présente ordonnance avec un ou plusieurs opérateurs économiques, pour répondre à leurs besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services », et les « accords-cadres », définis comme « les contrats conclus par un ou plusieurs acheteurs soumis à la présente ordonnance avec un ou plusieurs opérateurs économiques ayant pour objet d'établir les règles relatives aux bons de commande à émettre ou les termes régissant les marchés subséquents à passer au cours d'une période donnée, notamment en ce qui concerne les prix et, le cas échéant, les quantités envisagées » (Ord. n° 2015-899, 23 juill. 2015, JO 24 juill., art. 4 ; Sur l'extension du nombre de contrats soumis au droit des marchés publics, v. Mouriesse E., La modification du champ d'application matériel du droit des marchés publics par l'ordonnance du 23 juillet 2015, AJCT 2015, p. 616).

4892 Objectif d'unification des règles applicables

Un des objectifs de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 est de rassembler, au sein d'un *corpus* unique, les règles régissant tous les contrats constituant des « marchés publics » au sens des directives européennes.

À ce titre, comme le souligne le rapport au Président de la République relatif à ladite ordonnance, « il est mis fin, en particulier, à la dichotomie entre les marchés relevant du code des marchés publics et ceux relevant de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au Code des marchés publics » (Rapport au Président de la République, NOR : EINM1506103P, JO 24 juill.).

De fait, comme le relève un auteur, « les dispositions applicables sont désormais unifiées dans l'ordonnance du 23 juillet 2015 dont le champ d'application, quant aux personnes concernées, est beaucoup plus large que ne l'était celui du Code des marchés publics » (Noguellou R., Le nouveau champ d'application du droit des marchés publics, AJDA 2015, p. 1789).

4893 Champ d'application

L'ordonnance consacre trois articles à la définition des acheteurs soumis à ses dispositions (Ord. n° 2015-899, 23 juill. 2015, JO 24 juill., art. 9 à 11). Ces acheteurs, qui peuvent être tant publics que privés, sont les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices tels que définis par l'ordonnance.

Les pouvoirs adjudicateurs sont :

- les personnes morales de droit public ;
- les personnes morales de droit privé qui ont été créées pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial, dont :
 - a) soit l'activité est financée majoritairement par un pouvoir adjudicateur,
 - b) soit la gestion est soumise à un contrôle par un pouvoir adjudicateur,
 - c) soit l'organe d'administration, de direction ou de surveillance est composé de membres dont plus de la moitié sont désignés par un pouvoir adjudicateur ;
- les organismes de droit privé dotés de la personnalité juridique constitués par des pouvoirs adjudicateurs en vue de réaliser certaines activités en commun.

(Ord. n° 2015-899, 23 juill. 2015, JO 24 juill., art. 10).

Les entités adjudicatrices sont :

- les pouvoirs adjudicateurs qui exercent une des activités d'opérateur de réseaux ;

- lorsqu'elles ne sont pas des pouvoirs adjudicateurs, les entreprises publiques qui exercent une des activités d'opérateur de réseaux ;
- lorsqu'ils ne sont pas des pouvoirs adjudicateurs ou des entreprises publiques, les organismes de droit privé qui bénéficient, en vertu d'une disposition légalement prise, de droits spéciaux ou exclusifs ayant pour effet de leur réserver l'exercice d'une des activités d'opérateur de réseaux et d'affecter substantiellement la capacité des autres opérateurs économiques à exercer cette activité.

(Ord. n° 2015-899, 23 juill. 2015, JO 24 juill., art. 11).

Le champ d'application de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 est bien plus large que celui de l'ancien Code des marchés publics. En ce sens, un auteur souligne : « En effet, tandis que le Code des marchés publics ne s'applique qu'à certains pouvoirs adjudicateurs et entités adjudicatrices, l'ordonnance s'appliquera aux marchés passés par l'ensemble d'entre eux » (Brenet F., Les nouvelles bases du droit des marchés publics, AJDA 2015, p. 1783).

SOUS-SECTION 3

Le Code de la commande publique

4894

Marchés publics soumis

Pour rappel, parmi les textes qu'il réunit, le Code de la commande publique reprend – à l'exception de quelques rares aménagements – les dispositions de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 précitée relative aux marchés publics et celles de ses décrets d'application.

Ainsi, s'agissant de la détermination des personnes relevant de son champ d'application, le Code adopte la terminologie et les définitions utilisées par l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015. La définition des acheteurs (CCP, art. L. 1210-1), à savoir les pouvoirs adjudicateurs (CCP, art. L. 1211-1) et les entités adjudicatrices (CCP, art. L. 1212-1), reste identique à celle donnée par l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015.

Les dispositions du Code de la commande publique ont vocation à régir les marchés publics pour lesquels une consultation a été engagée, ou un avis d'appel à la concurrence envoyé à la publication, à compter du 1^{er} avril 2019. Selon un auteur « Cette application différée n'aura pas une grande incidence puisque la codification est à droit constant et que les règles sont donc identiques aux règles antérieures abrogées à compter de cette entrée en vigueur » (Ubaud-Bergeron M., Champ d'application du Code de la commande publique, Contrats-Marchés publ., janv. 2019, dossier n° 5).

SECTION 2

Typologie des assurances concernées

4895

Référence aux « services d'assurances »

Le Code des marchés publics visait expressément les « services d'assurances » parmi la liste de services qui, objet d'un marché public, devaient être soumis, pour leur passation, aux règles énoncées par le Code (C. marchés publ., art. 29, 6°, abrogé par Ord. n° 2015-899, 23 juill. 2015, JO 24 juill., art. 102).

Cités au sein de la catégorie des services financiers, « *les services d'assurances* » ne sont pas définis par le Code, pas plus que par le droit communautaire.

Eu égard à l'absence de définition des services d'assurances, il est admis que toute assurance est concernée (assurance de dommage ou de personne, assurance obligatoire ou facultative). Tant que l'acheteur est débiteur de la prime, il y a lieu de considérer que la nature de l'assurance importe peu.

À cet égard, la circulaire du 18 décembre 2001 relative à la passation des marchés publics de services d'assurances (Circ. 18 déc. 2001, NOR : ECOM0191156C, JO 2 févr. 2002), abrogée et remplacée par celle du 24 décembre 2007 (Circ. 24 déc. 2007, NOR : ECEM0755510C, JO 10 avr. 2008), précisait :

« Les contrats souscrits pour le compte de tiers, tels que les contrats "complémentaire maladie" et de "financement en prévision d'obsèques", ne constituent pas des marchés publics dans la mesure où le paiement des primes relatives à ces contrats n'est pas pris en charge par la personne publique ».

Cette indication n'a pas été reprise dans la circulaire du 24 décembre 2007.

4896

Fournisseur d'assurance

Le titulaire du marché de l'assurance est l'organisme ou l'entreprise d'assurance qui fournit le service d'assurance objet du marché, et qui va couvrir le risque assuré (Circ. 24 déc. 2007, NOR : ECEM0755510C, JO 10 avr. 2008, art. VI, C). En d'autres termes, c'est l'organisme ou l'entreprise d'assurance qui porte et provisionne le risque technique. À l'instar de tout candidat, il pourra présenter sa candidature à l'attribution d'un marché public à la condition de n'être pas exclu de la procédure de passation par une interdiction de soumissionner (Ord. n° 2015-899, 23 juill. 2015, JO 24 juill., art. 45 à 50 abrogés ; CCP, art. L. 2141-1 à L. 2141-14).

Des groupements conjoints d'assureurs peuvent également proposer des contrats de coassurance aux acheteurs publics, à la condition que la possibilité d'une coassurance ait été expressément prévue dans l'offre faite au public. Un apériteur, représentant les coassureurs, sera nommé, et se chargera de la bonne administration du marché et des relations avec la personne publique. Si l'offre ne permet pas aux candidats de connaître clairement à l'avance la forme du groupement souhaitée par la collectivité, la procédure de passation du marché est susceptible d'être suspendue (à titre d'exemple, v. CE, 29 oct. 2007, n° 301065, *Communauté d'agglomération du pays vironnais*, JCP A 2008, n° 17, p. 22).

La circulaire du 24 décembre 2007 (Circ. 24 déc. 2007, NOR : ECEM0755510C, JO 10 avr. 2008), reprenant les dispositions de celle du 18 décembre 2001 (Circ. 18 déc. 2001, NOR : ECOM0191156C, JO 2 févr. 2002), précise que lorsque l'offre d'assurance est déposée par un intermédiaire d'assurance et que celle-ci est choisie par l'acheteur public, cela engage irrévocablement l'entreprise d'assurance dont émane l'offre sur le service et son prix.

Afin de respecter les principes de la commande publique et d'éviter qu'une entreprise d'assurance présente plusieurs offres pour un même marché, un assureur ne peut se faire faire représenter par plusieurs intermédiaires. Dans le cas contraire, toutes les offres déposées pour le compte de cette entreprise d'assurance devraient être regardées comme irrégulières.

À toutes fins utiles, il convient de préciser que l'intermédiaire ne provisionnant pas le risque technique, il ne peut être reconnu comme le titulaire du marché (pour un marché de services d'assurance conclu par un intermédiaire sans aucune mention du nom de l'assureur, v. CE, 21 mai 2014, n° 375299, RD imm. 2014, p. 468, note Roussel J.).

Aucune précision n'est particulièrement apportée quant à la qualité du fournisseur d'assurance. Par conséquent, il semblerait que pourraient être candidats au marché public aussi bien une entreprise d'assurance au sens du Code des assurances, qu'un organisme qui se livrerait à des opérations s'approchant techniquement de l'assurance. Ce point reste néanmoins à confirmer en fonction de l'organisme concerné.

SECTION 3

Conclusion du marché à titre onéreux

4897

Nécessité d'une rémunération

Le Code des marchés publics et l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 précitée, précisaient que les marchés sont des

contrats "*conclus à titre onéreux*" (C. marchés publ., art. 1^{er}, abrogé par Ord. n° 2015-899, 23 juill. 2015, JO 24 juill., art. 102 ; désormais Ord. n° 2015-899, 23 juill. 2015, JO 24 juill., art. 4, abrogée ; Circ. 14 févr. 2012, NOR : EFIM1201512C, JO 15 févr., art. 2.2) ; la jurisprudence considérant que le critère d'onérosité n'impliquait pas nécessairement que la contrepartie attribuée par l'acheteur à son cocontractant, pour les prestations que ce dernier lui fournit, consiste dans le versement effectif d'une somme d'argent (v. par exemple CE, ass., 4 nov. 2005, n° 247298, *Société Jean-Claude Decaux*). Le Code de la commande publique précise désormais que le marché doit être conclu « en contrepartie d'un prix ou de tout équivalent » (CCP, art. L. 1111-1). Ce critère permet notamment de différencier les marchés publics d'autres notions voisines, comme des délégations de service public (CGCT, art. L. 1411-1 ; sur le critère du prix, v. Dreyfus J.-D., Définition du marché public : actualité du critère du prix, AJCT 2015, p. 435).

IMPRIMÉ EN UE

WOLTERS KLUWER FRANCE
www.wkf.fr

 **N°Cristal 09 69 39 58 58**
APPEL NON SURTAXE

ISBN 978-2-7212-2131-5

